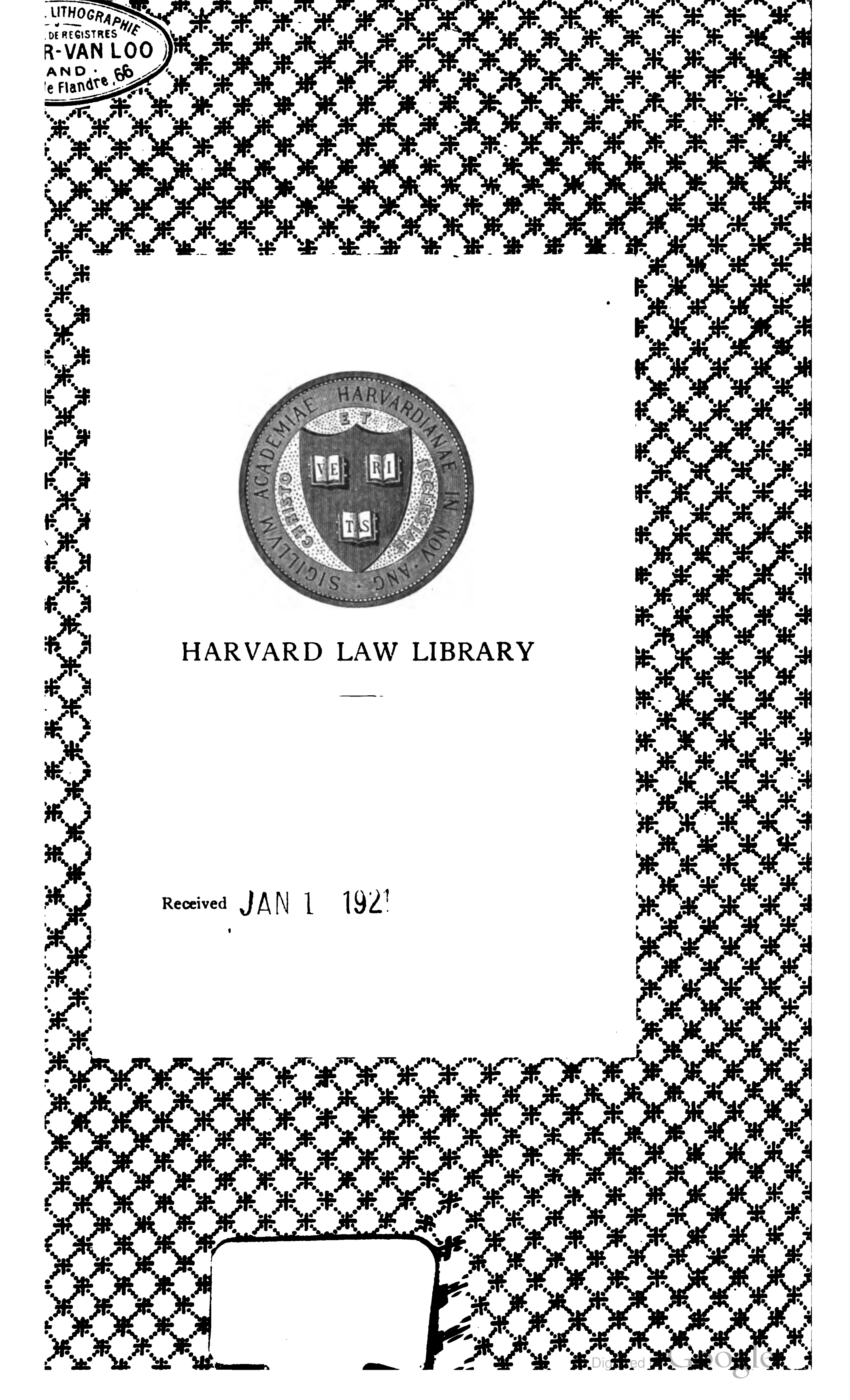
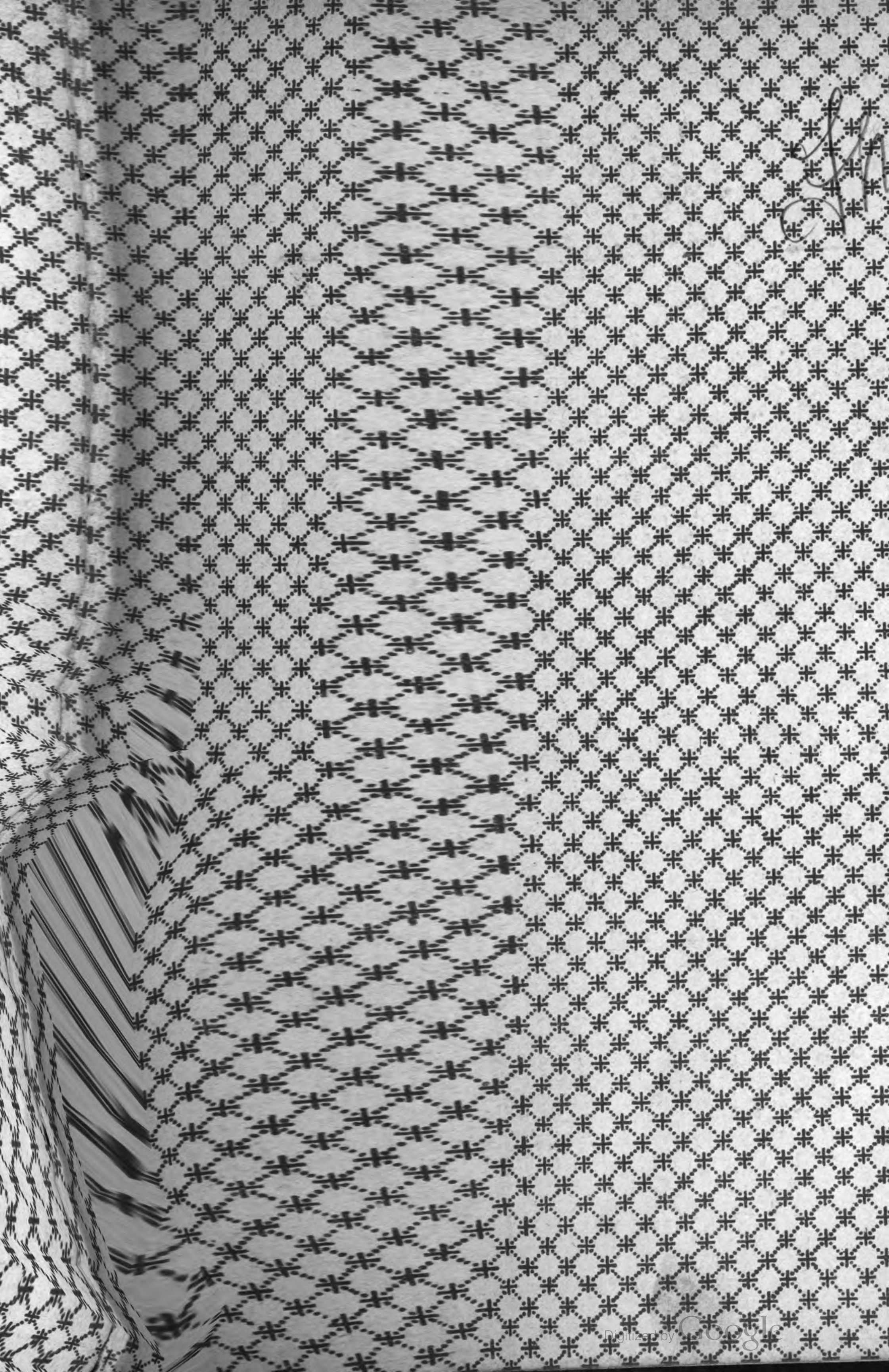



LITHOGRAPHIE
DE REGISTRES
R-VAN LOO
AND
le Flandre, 66
HARVARD
ACADEMIAE
IN
NOV
ANG
SIGILLVM
VE
RI
TAS



France

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN.

Gand, impr. C. Annoot-Braeckman, Ad. Hoste, succ^r.

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN,

CONTENANT

L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN

ET LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN,

PAR

P. VAN WETTER,

PROFESSEUR ORDINAIRE A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Troisième édition, entièrement refondue.

TOME SECOND.

PARIS,

LIBRAIRIE A. MARESCQ AÎNÉ,

CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS,

20, RUE SOUFFLOT, ET 17, RUE VICTOR-COUSIN.

1893.

LIVRE TROISIÈME.

DES OBLIGATIONS.

UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, 2 vol., Leipzig, 1840, ouvrage publié après le décès de l'auteur par Huschke.

MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, 2 vol., Gand, 1866-1867, 2de édition, ouvrage posthume.

DE SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 2 vol., Berlin, 1851-1853 (inachevé). Traduit en français par Gérardin et Jozon, Paris, 1863, et par Hippert, Bruxelles, 1873.

MOMSSEN (Frédéric), *Beiträge zum Obligationenrecht*, 3 vol., Brunswick, 1853-1855, et *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, 2 livraisons, Brunswick, 1859-1879.

TITRE I.

DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

I. 3, 13, *de obligationibus*. — D. 44, 7, et C. 4, 10, *de obligationibus et actionibus*.

§ 283. *Notions.*

1° L'obligation ou le droit de créance est un rapport juridique en vertu duquel une personne est astreinte à une prestation au profit d'une autre[1]. Son antithèse est le droit réel. Les deux

(1) I. *h. t.*, pr.

droits se rapportent au patrimoine. Mais le droit réel s'y rapporte directement, il confère un pouvoir direct sur une chose. Frappant immédiatement une chose, il existe vis-à-vis de tous les membres de la société; tous doivent le respecter, c'est un droit absolu. De même l'action qu'il produit, se donne contre un tiers quelconque qui porte atteinte au droit, c'est une action réelle(2). L'obligation ne se rapporte qu'indirectement au patrimoine. Elle ne confère pas un pouvoir immédiat sur la chose due; le débiteur en demeure pleinement propriétaire et conserve sur elle toutes les prérogatives de la propriété. Quelqu'un me promet un cheval ou une somme de 1000 as, il me vend un fonds de terre; il reste propriétaire de la chose due et peut en transférer la propriété à autrui ou bien concéder sur elle des droits réels de toute nature. L'obligation se rapporte indirectement au patrimoine, en ce sens que le créancier a droit à une prestation de la part du débiteur; elle a pour objet le fait du débiteur. S'il s'agit d'une chose corporelle, le créancier peut exiger du débiteur la tradition de cette chose; l'obligation tend à la lui procurer(3); c'est un *jus ad rem**, et non un *jus in re**; la chose due n'est effectivement procurée au créancier que par l'exécution de l'obligation. Tandis que le droit réel considéré en soi existe entre une personne et une chose, l'obligation existe entre deux personnes; par sa nature même, elle est seulement un droit relatif; elle n'a d'existence que vis-à-vis du débiteur, tous les autres membres du corps social y restent étrangers. Dès lors l'action qui en résulte, doit être personnelle; le créancier peut seulement la diriger contre le débiteur(4) et contre ses héritiers; ceux-ci succédant à la personne du *de cujus*, sont débiteurs eux-mêmes.

2° L'obligation comprend une face active, le droit de créance ou la créance dans le sens restreint, et une face passive, la dette. Elle suppose un créancier (*creditor*) et un débiteur (*debitor*); l'un et l'autre sont désignés par le nom de *reus*(5); le

(2) Cf. ci-dessus T. I, § 25, II, 1°. — (3) D. *h. t.*, L. 3, pr.
(4) I. 4, 6, *de action.*, § 1 initio.
(5) D. 45, 2, *de duobus reis constituendis*, rubrique.

créancier est le *reus stipulandi*, le débiteur le *reus promittendi*(6).

3° La prestation qui fait l'objet de l'obligation, peut consister à donner ou à faire, *dare vel facere*(7). Dans le sens propre, le *dare* comprend le transfert de la propriété d'une chose(8) et la constitution d'un autre droit réel(9). Le *facere* embrasse le surplus des faits de l'homme, donc également les faits négatifs, le *non facere*(10), ainsi que la remise d'une chose dans un but autre que celui de concéder un droit réel, c'est-à-dire le *tradere*(11) ou le *praestare*(12). Mais parfois on attribue au *dare* un sens plus large; on comprend sous ce mot la remise d'une chose à un titre quelconque, donc aussi le *tradere*(13), et alors le *facere* ne s'applique plus qu'aux faits proprement dits. Outre la signification prémentionnée, le mot *praestare* désigne encore spécialement la prestation de dommages et intérêts (*praestare id quod interest*)(14).

4° Pour préciser la nature de l'obligation, il convient d'en étudier avant tout les effets et les diverses variétés (Chapitres I et II du présent titre)(15). Dans la partie générale des obligations se présentent ensuite la cession des créances et la reconnaissance d'une dette (Chapitres III et IV). C'est seulement après l'étude de ces matières qu'on peut aborder celle des sources des obligations; les différentes causes des créances constituent à vrai dire la partie spéciale des obligations (Titre II). Nous nous occuperons en dernier lieu de l'extinction des obligations (Titre III) et de l'insolvabilité du débiteur (Titre IV).

---

(6) D. *eod.*, L. 1. — (7) D. *h. t.*, L. 3, pr. — (8) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 75, § 10.
(9) D. *eod.*, L. 56, § 6. — (10) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 189.
(11) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72, pr. initio.
(12) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 2 initio.
(13) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio.
(14) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 18.
(15) Tel est aussi l'ordre suivi en général par Maynz. Si le payement se trouve ainsi placé en tête des obligations, il ne faut pas perdre de vue qu'il n'est pas seulement une cause d'extinction de la dette; il est aussi le but de la créance et ses règles servent de base aux théories des dommages et intérêts et de la demeure, qui réclament manifestement un examen préliminaire.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura (I. *h. t.*, pr.).

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum (D. *h. t.*, L. 3, pr.).

CHAPITRE I. — DES EFFETS DES OBLIGATIONS.

§ 284. *Aperçu de la matière.*

Tout débiteur doit payer; le payement est l'effet nécessaire de l'obligation (Section I du présent chapitre). Mais il se peut que le payement n'ait pas lieu ou bien qu'il se fasse d'une manière tardive, qu'il y ait demeure (Sections II et III). Enfin il existe certains moyens d'assurer l'exécution de l'obligation (Section IV).

SECTION I. — DU PAYEMENT.

D. 46, 3, et C. 8, 42 (43), *de solutionibus et liberationibus.*

§ 285. *Généralités.*

1° Le payement (*solutio*, de *solvere*, délier) est la prestation de ce qui fait l'objet de l'obligation[1]. En droit on paye toute espèce de choses, de l'argent monnayé, d'autres choses mobilières, des immeubles, voire même des faits de l'homme, bien que, dans le langage vulgaire, on ne parle guère que du payement d'une somme d'argent.

2° Avant l'introduction de la monnaie, le payement d'une somme d'argent se faisait par un mode analogue à la mancipation, *per aes et libram*. En présence de cinq témoins, un *libripens* pesait le lingot ou la pièce d'airain donnée en payement par le débiteur; après quoi, le créancier déclarait le débiteur libéré[2]. Lorsque la

(1) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 176 i. f.

(2) Gaius, I, 122, cbn. avec III, 174. Cf. ci-dessus T. I, § 65, 1° i. f.

monnaie apparut à Rome, ce pesage solennel fut remplacé par la simple numération des espèces.

'Solvere' dicimus eum, qui fecit quod facere promisit (D. 50, 16, *de V. S.*, L. 176).

§ 286. *De la personne qui paye.*

I. Le débiteur seul *doit* payer, mais un tiers quelconque *peut* payer à la place du débiteur, de manière à libérer ce dernier, pourvu qu'il fasse le payement au nom du débiteur, dans l'intention de lui procurer sa libération. Le tiers doit donc faire le payement comme mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires; s'il paye en nom propre, fût-ce avec l'argent du débiteur, il ne libère pas celui-ci(1). Au reste le tiers peut payer contre le gré du créancier et contre le gré du débiteur.

1° Il peut payer contre le gré du créancier(2), car celui-ci n'a aucun intérêt à refuser le payement. Mais la règle cesse avec son motif lorsqu'un pareil intérêt existe, et notamment lorsque le créancier a contracté en vue de l'habileté personnelle du débiteur(3). Le créancier est libre de ne pas céder au tiers ses actions relatives à la dette; le tiers n'a aucun titre pour réclamer cette cession; si on la lui refuse, il lui est loisible de ne pas payer(4). Le bénéfice de cession d'actions appartient seulement aux codébiteurs solidaires(5) et au tiers détenteur de bonne foi d'une chose hypothéquée(6). Pour les codébiteurs solidaires, il se fonde sur ce qu'ils sont tenus de payer solidairement une dette contractée avec d'autres. Quant au tiers détenteur de bonne foi d'un bien hypothéqué, il se justifie par la considération que ce tiers est

(1) D. *h. t.*, L. 17 initio. — (2) Arg. D. *h. t.*, L. 72, § 2 i. f. cbn. avec l'initium.
(3) D. *h. t.*, L. 31 initio. — (4) Cf. C. *h. t.*, L. 5.
(5) C. 4, 65, *de loc.*, L. 13, § 1 cbn. avec le pr. (L. 13 i. f. cbn. avec l'initium). Cf. ci-après § 334, I, 2°.
(6) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 19. Cf. ci-dessus T. I, § 274, 5°.

forcé de payer la dette d'autrui, s'il veut garder la chose acquise dans l'ignorance de l'hypothèque.

2° Le tiers peut aussi payer contre le gré du débiteur; l'opposition de celui-ci est sans intérêt(7). Le tiers a un recours contre le débiteur s'il a fait le payement comme mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires du débiteur. Le recours ne cesse que s'il a payé dans l'intention de faire une libéralité au débiteur ou malgré l'opposition de ce dernier; c'est l'application de la théorie générale du quasi-contrat de gestion d'affaires(8). Toutefois, même dans le cas d'opposition du débiteur, le tiers se crée un recours s'il obtient du créancier la cession volontaire de ses actions. Le recours s'exercera par les actions contraires de mandat, de tutelle ou de gestion d'affaires(9) ou bien par les actions cédées du créancier.

II. Lorsque la dette a pour objet une dation, c'est-à-dire un transfert de propriété ou la constitution d'un autre droit réel, le payement, pour être valable, requiert dans la personne du payant deux conditions spéciales : le payant doit être propriétaire de la chose payée et capable d'aliéner, car il n'y a que le propriétaire capable d'aliéner qui puisse faire la dation. Si l'une de ces conditions fait défaut, le payement est nul, parce que la dation qui était de son essence, n'a pas eu lieu. En conséquence :

1° Si le payant n'était pas propriétaire, la dette subsiste et le créancier conserve son action contre le débiteur(10), sauf à restituer, en cas de payement d'une autre chose, celle qui lui a été payée indûment la première fois.

2° Si le payant était propriétaire, mais incapable d'aliéner, le payement est nul à son égard(11) et il est admis à répéter(12), à moins qu'il n'ait payé que ce qu'il devait à tous les points de vue(13); dans la dernière hypothèse, son action en répétition serait repoussée faute d'intérêt, car, si elle était accueillie, il

(7) D. *h. t.*, L. 53. — (8) Cf. ci-après § 474, I, 1° et 2°.
(9) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 42 (43). — (10) D. *h. t.*, L. 46, pr. initio.
(11) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 i. f. — (12) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 29.
(13) Arg. D. 26, 8, *de auctor. et cons. tut. et curat.*, L. 9, § 2 i. f.

pourrait être immédiatement contraint de payer une seconde fois la même chose, d'une manière régulière. Mais le payement fait par l'incapable vaut vis-à-vis du créancier; celui-ci ne peut en invoquer la nullité, par exemple si la chose payée a péri fortuitement chez lui, car le payement ne renferme aucun vice à son égard.

Si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fidejussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum (D. *h. t.*, L. 31).

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere (D. *h. t.*, L. 53).

Pupilli vel pupillae solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est (I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2).

Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 29).

§ 287. *De la personne à qui l'on paye.*

I. Le payement doit être fait au créancier ou à son représentant.

1° Le créancier qui reçoit le payement, doit être capable d'aliéner(1), car la réception d'un payement implique une aliénation de la créance; le créancier qui le reçoit, dispose de son droit de manière à l'éteindre(2). S'il est incapable d'aliéner, le payement doit être fait, soit au créancier avec l'autorisation de son tuteur ou le consentement de son curateur(3), soit au tuteur ou au curateur(4). Lorsqu'une personne sous tutelle ou curatelle doit recevoir soit un capital, soit des revenus excédant à la fois deux

(1) D. *h. t.*, L. 15 initio. — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°.
(3) D. *h. t.*, L. 15 initio, — (4) D. *h. t.*, L. 14, § 7.

années et 100 solides (environ 1500 fr.), il faut en outre un décret du magistrat (5). Le payement fait à un incapable est nul et partant le débiteur peut en principe être contraint de payer une seconde fois (6). Mais, comme personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, le débiteur est dispensé de faire un second payement si le premier a profité à l'incapable, donc si celui-ci a encore la chose reçue par devers lui ou bien s'il en a fait un bon emploi (7).

2° Le représentant du créancier, admis à recevoir le payement à sa place, peut être un mandataire ayant qualité à cette fin (8), un tuteur ou un curateur (9), ou bien un *adjectus solutionis causa**, c'est-à-dire une personne que le débiteur et le créancier ont désignée de commun accord à l'effet de recevoir le payement (10). A la différence du mandataire ordinaire, l'*adjectus solutionis causa* ne peut être révoqué par le créancier ; cette révocation n'empêche pas le débiteur de payer valablement à l'*adjectus*, car le créancier ne peut dépouiller le débiteur d'un droit contractuel (11). Mais l'*adjectus solutionis causa* n'est nullement créancier et partant n'a pas d'action contre le débiteur (12).

II. Le payement est nul s'il est fait à une personne autre que le créancier ou son représentant (13). Tel est le payement fait, même de bonne foi, au possesseur de l'hérédité du créancier, alors qu'un autre est l'héritier véritable (14). Tel est encore le payement fait à un simple gérant d'affaires (15), peu importe que le débiteur ait cru payer à un mandataire ; mais la ratification de la gestion rend le payement valable, puisqu'elle équivaut à un mandat (16).

Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest (D. *h. t.*, L. 15). Sin autem aliter quam disposuimus solutio facta fuerit et

(5) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 25, L. 27.
(6) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2, v[is] Ideoque si debitor...... non liberabitur.
(7) § 2 cit., v[is] Sin autem aliter...... solverit. — (8) D. *h. t.*, L. 12, pr.
(9) D. *h. t.*, L. 14, § 7. — (10) Cf. D. *h. t.*, L. 12, § 1. — (11) D. *h. t.*, L. 12, § 3.
(12) D. *h. t.*, L. 10. — (13) C. *h. t.*, L. 12 initio.
(14) Voyez toutefois D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 25, § 17, v[is] Nam et si id.........
(15) C. *h. t.*, L. 12 initio. — (16) D. *h. t.*, L. 12, § 4.

pecuniam salvam habeat pupillus aut ex ea locupletior sit et adhuc eandem summam pecuniae petat, per exceptionem doli mali summoveri poterit : quodsi aut male consumpserit aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilo minus damnabitur (I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2).

Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est (D. *h. t.*, L. 12, pr.).

Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, non se liberat obligatione (C. *h. t.*, L. 12).

Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit : rati enim habitio mandato comparatur (D. *h. t.*, L. 12, § 4).

§ 288. *De l'objet du payement.*

1° Le débiteur doit payer la chose même qui fait l'objet de son obligation ; le créancier n'est tenu d'en accepter aucune autre[1], quelle qu'en soit la valeur ; la convention fait la loi des parties. Mais le créancier est libre d'accepter une autre chose[2] ; il y a alors dation en payement (*in solutum dare*). Il existe aussi des obligations dites facultatives, où le débiteur a le droit de forcer le créancier à recevoir une chose autre que celle qui fait l'objet de l'obligation[3].

2° Le débiteur doit payer toute la dette en une fois ; le créancier n'est pas tenu d'accepter un payement partiel[4] ; par cela même que le débiteur a promis de payer une chose, il s'est engagé à la payer en une fois et sans division. Cependant le juge peut, eu égard à la position du débiteur, l'autoriser à payer en plusieurs fois, avec des délais modérés[5]. Ensuite certains débiteurs, tels

(1) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2, § 1 i. f.
(2) I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. initio.
(3) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6, § 1. Cf. ci-après § 327.
(4) Arg. D. 22, 1, *de usur.*, L. 41, § 1.
(5) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 21 i. f. cbn. avec l'initium.

que les père, mère[6], frères, sœurs[7] et conjoint[8] du créancier, ne peuvent être dépouillés des choses indispensables aux besoins de la vie[9]. Cette faveur, connue sous le nom de bénéfice de compétence, oblige parfois le créancier à se contenter d'un payement partiel, bien que le débiteur soit en état de payer pour le tout, sauf à reprendre plus tard les poursuites si le débiteur fait de nouvelles acquisitions[10].

3° Le débiteur doit payer la chose due avec tous ses accessoires[11], car l'accessoire suit le principal. Le créancier a aussi droit au *commodum rei*, c'est-à-dire aux profits provenant de la chose à partir du jour de la formation de l'obligation[12]; dans le cas d'un payement immédiat, ces profits lui eussent été acquis et son droit doit rester le même lorsque le payement se fait plus tard. Par application de ce principe, le créancier profite de l'alluvion[12], des fruits naturels qui étaient pendants au jour de l'obligation[13], et de la moitié du trésor découvert ultérieurement par le débiteur[14]; car c'est en qualité de propriétaire et à raison de la chose que le débiteur acquiert la moitié du trésor. Le débiteur doit encore céder au créancier les actions qu'il a acquises relativement à la chose depuis la naissance de l'obligation, surtout si la chose due a péri ou s'est détériorée sans sa faute[15].

Aliud pro alio invito creditori solvi non potest (D. 12, 1, *de reb. créd.*, L. 2, § 1).

Tollitur autem omnis obligatio.. si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit (I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr.).

In condemnatione personarum, quæ in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et

(6) I. 4, 6, *de action.*, § 38 initio. — (7) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 63, pr.
(8) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 20. — (9) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173, pr.
(10) C. 5, 18, *sol. matrim.*, L. 8 initio.
(11) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 31, L. 14-16, L. 17, § 2-3, 7, 10 et 11.
(12) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 i. f. (3).
(13) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 8; *Vatic. fragm.* 15.
(14) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 7, § 12.
(15) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3* (3 i. f.). Cf. ci-après § 299 initio.

ipsarum ratio habenda est, ne egeant (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173, pr.).

Fructus pendentes etsi maturi fuerunt, si eos venditor post venditionem ante diem solvendi pretii percepit, emptori restituendos esse convenit, si non aliud inter contrahentes placuit (*Vatic. fragm.* 15).

§ 289. *Du lieu du payement.*

La question de savoir où le payement doit se faire ne se présente point pour les immeubles, qui se payent nécessairement là où ils sont situés. Quant aux choses mobilières, sauf convention contraire[1], il faut distinguer si ce sont des corps certains ou des choses fongibles. Les corps certains sont naturellement payables là où ils se trouvent lors du payement; le débiteur ne peut offrir ni le créancier réclamer le payement à un autre endroit[2]. Le déplacement frauduleux de la chose de la part du débiteur fait exception à la règle; le dol du débiteur ne peut nuire au créancier[2]. Au contraire les choses fongibles se trouvant généralement partout, le débiteur de pareilles choses a le droit de payer à un endroit quelconque[3], pourvu qu'il soit convenable[4]. D'après cela, le débiteur d'une somme d'argent offre valablement de payer à son domicile, et le créancier n'a pas le droit d'exiger que le payement se fasse à son propre domicile.

Is qui certo loco dare promittit nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest (D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 9).

Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit : tunc enim ibi dari debet ubi petitur (D. 5, 1, *de judic.*, L. 38).

(1) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 9. — (2) D. 5, 1, *de judic.*, L. 38 initio.
(3) Arg. L. 38 cit., v^is^ Praeterea quod...... ubi petitur.
(4) Arg. D. *h. t.*, L. 39, v^is^ quid enim, si inopportuno.. loco optulerim ?

§ 290. *Du temps du payement.*

L'époque du payement varie selon que l'obligation est à terme ou bien pure et simple.

1° Si elle est à terme, en général le débiteur ne peut être contraint de payer qu'après l'échéance[1], car le terme est régulièrement établi dans son intérêt, *diei adjectio pro reo est*[2]; il a pour but de suspendre l'exigibilité de l'obligation. Mais, comme chacun a la faculté de renoncer à son droit, le débiteur est libre de payer avant l'échéance[3]. Ces règles cessent avec leur motif si le terme a été établi dans l'intérêt du créancier ou des deux parties. Le terme ajouté à un dépôt est fixé à l'avantage du déposant, pour forcer le dépositaire à garder la chose pendant le délai convenu; il s'ensuit que le déposant peut agir en restitution du dépôt avant l'expiration du terme[4] et que le dépositaire n'a pas le droit de faire une restitution anticipée[5]. Le terme ajouté à un prêt d'argent à intérêt est avantageux pour l'emprunteur et pour le prêteur, il assure à ce dernier le placement de son capital pendant le délai convenu; dès lors le remboursement anticipé ne peut être ni réclamé par le prêteur, ni offert par l'emprunteur[6].

2° Si l'obligation est pure et simple, le débiteur doit payer à la première demande du créancier[7]. Toutefois le juge peut accorder au débiteur, en considération de sa position, un délai modéré pour le payement[8] ou bien lui permettre de payer en plusieurs fois à des intervalles de courte durée[9]; ce sont des délais de grâce. Le *tempus judicati* est un délai de grâce accordé par la loi[10].

---

(1) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2 initio. — (2) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 41, § 1 i. f.
(3) D. *h. t.*, L. 70. — (4) D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 45-46.
(5) Cf. D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 15 initio. — (6) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, pr.
(7) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2 initio. — (8) D. 5, 1, *de judic.*, L. 21.
(9) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 21 i. f. cbn. avec l'initium.
(10) Le *tempus judicati* était d'un mois à l'époque classique; il est de quatre mois dans le droit de Justinien. Cf. ci-dessus T. I, § 140, I, 1°, et II, 1°.

Id autem, quod in diem stipulamur,.. peti prius quam dies veniat non potest (I. 3, 15, *de V. O.*, § 2), ex quo apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 41, § I).

Quod certa die promissum est, vel statim dari potest (D. *h. t.*, L. 70).

Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere : possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere (D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 45).

Pure (*scilicet fit stipulatio*) veluti 'quinque aureos dare spondes?' idque confestim peti potest (I. 3, 15, *de V. O.*, § 2).

Si debitori meo velim actionem edere[11], probandum erit[12], si fateatur se debere paratumque dicat solvere, audiendum eum, dandumque diem cum competenti cautela ad solvendam pecuniam : neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. Modicum autem tempus hic intellegendum est, quod post condemnationem reis indultum est[13] (D. 5, 1, *de judic.*, L. 21).

§ 291. *De la preuve du payement.*

C'est au débiteur qu'incombe la preuve du payement[1]; lorsqu'il se prétend libéré, il oppose une exception à l'action du créancier et tout défendeur doit établir le fondement de ses exceptions. La preuve se fait par les moyens ordinaires, et notamment par un écrit appelé quittance (*apocha*) ou par témoins. Les quittances autres que celles qui sont délivrées par une autorité publique font seulement foi du payement trente jours après leur date; jusque-là, le créancier à qui le débiteur oppose la quittance, peut le forcer à prouver le payement d'une autre manière. Ce moyen du créancier est appelé par nos sources *exceptio non numeratae pecuniae*[2], bien que le créancier qui s'en prévaut, ne doive point

(11) Faire connaître l'objet de l'action. Cf. ci-dessus T. I, § 127, I, 1°.
(12) Il est juste. — (13) Voyez la note 10.
(1) C. *h. t.*, L. 25 initio. — (2) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, § 2.

prouver le non-payement. On a considéré que le créancier remet parfois au débiteur une quittance, non pas pour constater la réception du payement, mais dans l'attente de celui-ci, comme invitation de payer, et le payement attendu peut ne pas avoir eu lieu.

Solutionem adseveranti probationis onus incumbit (C. *h. t.*, L. 25).

§ 292. *Effets du payement. Imputation.*

Le payement a pour effet d'éteindre la dette de plein droit (1) et avec tous ses accessoires (2). Donc les hypothèques qui garantissaient l'obligation, s'éteignent (3) et tous ceux qui y intervenaient comme codébiteurs ou cocréanciers solidaires, sont libérés ou perdent leur créance (4). Mais, si une personne qui est débitrice d'une autre de plusieurs chefs, fait un payement insuffisant pour acquitter toutes ses dettes, sur laquelle se fera l'imputation?

1° Tout d'abord c'est au débiteur qu'appartient, lors du payement, le droit de faire l'imputation comme il le juge convenable (5), car il est le maître de la chose qu'il paye. Ce droit est seulement tempéré par celui du créancier de refuser un payement partiel pour l'une de ses créances (6).

2° Si le débiteur ne fait pas l'imputation lors du payement, le créancier peut la faire à sa place (7), au même moment (8), notamment dans la quittance. Mais il doit consulter avant tout l'intérêt du débiteur, et agir comme s'il était lui-même débiteur (9). Il est tenu d'imputer le payement d'abord sur les dettes échues, de préférence à celles qui ne le sont pas (10), ensuite, toutes les dettes étant également échues ou non échues, sur la plus onéreuse (11). Si toutes les dettes sont aussi également onéreuses, le créancier

(1) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4, v^is ut liberatio ipso jure contingat.
(2) D. *h. t.*, L. 43 initio. — (3) L. 43 cit.
(4) I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. i. f. — (5) C. *h. t.*, L. 1 initio.
(6) Arg. L. 1 i. f., cit. — (7) L. 1 cit. — (8) D. *h. t.*, L. 1 i. f., L. 2, L. 3, pr. initio.
(9) L. 1 cit., v^is dummodo in id......... — (10) L. 1 i. f., cit.
(11) D. *h. t.*, L. 1 i. f., L. 3, pr.

peut imputer le payement, selon son propre intérêt, sur la dette qui doit se prescrire la première, donc en général sur la plus ancienne[12].

3° Si aucune des parties ne fait l'imputation lors du payement, celui-ci s'impute de plein droit d'abord sur les dettes échues[13], puis sur la plus onéreuse[14], ensuite sur celle qui doit se prescrire la première[15], et en dernier lieu sur toutes les dettes proportionnellement à leur montant respectif[16].

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores[17] hypothecae pignora (D. *h. t.*, L. 43).

In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit (C. *h. t.*, L. 1), dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus.. id est non in id debitum.. cujus dies nondum venerat (D. *h. t.*, L. 1). Haec res efficiet, ut in duriorem causam semper videatur sibi debere accepto ferre : ita enim et in suo constitueret nomine (D. *h. t.*, L. 3, pr.).

Quod si forte a neutro dictum sit, in his quidem nominibus, quae diem habuerunt, id videtur solutum, cujus dies venit (D. *h. t.*, L. 3, § 1). In his vero, quae praesenti die debentur, constat, quotiens indistincte quid solvitur, in graviorem causam videri solutum, si autem nulla praegravet, id est si omnia nomina similia fuerint, in antiquiorem (D. *h. t.*, L. 5, pr.). Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum (D. *h. t.*, L. 8).

(12) Arg. D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. — (13) D. *h. t.*, L. 3, § 1.
(14) D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 4. — (15) D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. — (16) D. *h. t.*, L. 8.
(17) Des fidéjusseurs.

§ 293. *Des droits du débiteur empêché de payer par des circonstances relatives au créancier.*

MÜLLER (F.), *De depositione judiciali juris romani*, Berlin, 1847.

Le débiteur peut vouloir se libérer le plus tôt possible d'une dette produisant des intérêts onéreux ou garantie par une peine qui est sur le point d'être encourue. Il se peut que le créancier empêche le payement, soit en refusant les offres de payer faites par le débiteur, soit en refusant de procéder à certaines opérations préliminaires au payement, telles que la liquidation de la créance, le compte, la pesée et le mesurage des marchandises qu'il s'agit de livrer. Dans ces cas et autres semblables, le débiteur dispose de deux moyens pour sauvegarder ses intérêts.

1° Il peut, comme il sera expliqué ci-après(1), constituer le créancier en demeure, en lui faisant des offres qui réunissent toutes les conditions d'un payement valable, à part l'acceptation du créancier, ou bien, si ces offres sont impossibles par des circonstances relatives au créancier, au moyen d'une protestation judiciaire.

2° Après avoir fait les mêmes offres(2) ou la protestation judiciaire(3), il peut se libérer de sa dette, en déposant ou consignant la chose due dans une église ou à tout autre endroit désigné par le juge compétent pour connaître de l'action en payement(4). En effet, ce dépôt réunit tous les caractères du payement, sauf l'acceptation du créancier, et, la chose due est d'ailleurs à sa disposition. La dette s'éteint donc de plein droit avec tous ses accessoires(5). Mais cette extinction ne devient définitive que si le créancier retire les choses déposées. Si au contraire le débiteur les reprend, comme il en a le droit, le dépôt est réputé non avenu

(1) § 302 et 304. — (2) C. *h. t.*, L. 9; C. 4, 32, *de usur.*, L. 19, pr. (L. 19 initio).
(3) C. *eod.*, L. 6 i. f. cbn. avec l'initium.
(4) C. *eod.*, L. 19, pr. et § 1 (L. 19 initio).
(5) C. *h. t.*, L. 9 initio; C. 4, 32, *de usur.*, L. 19, pr. i. f. et § 2 (L. 19).

et la dette n'avoir jamais été éteinte; elle revit rétroactivement avec tous ses accessoires (6).

Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem (7) offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone... In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit (C. 4, 32, *de usur.*, L. 19, pr. et § 1 (L. 19 initio)).

Obsignatione totius debitae pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est (C. *h. t.*, L. 9) et jus pignorum tollitur (C. 4, 32, *de usur.*, L. 19, § 2 (L. 19)).

SECTION II. — DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS.

HASSE (J. Chr.), *Die Culpa des römischen Rechts*, Bonn, 1838, 2de édition publiée après le décès de l'auteur par Bethmann-Hollweg.

§ 294. *Des causes d'inexécution des obligations.*

L'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur ou bien elle ne lui est pas imputable. Elle lui est imputable lorsqu'on peut lui reprocher un dol ou une faute; le débiteur se rend coupable d'un dol, s'il manque volontairement à son obligation (1); il commet une simple faute, si l'on ne peut lui reprocher qu'un défaut de soins, une négligence (2). Ces deux notions, ainsi que les diverses modalités de la faute, ont été expliquées dans la théorie générale des actes illicites (3). L'inexécution de l'obligation n'est pas imputable au débiteur, lorsqu'on ne peut lui reprocher ni dol ni faute, en d'autres termes s'il y a eu cas fortuit (4). Dès lors il ne peut être question de cas fortuit si le débiteur manque à son obligation par suite d'un événement accidentel en soi, mais amené par son dol ou par sa faute (*casus dolo vel culpa determinatus**); ce débiteur

(6) L. 19 cit., § 4 initio (L. 19 i. f.). — (7) En présence de témoins.
(1) D. 17, 1, *mand.*, L. 8, § 9, L. 44.
(2) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 31, vis culpam autem...... provisum.
(3) T. I, § 87-88. — (4) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 4, L. 18, pr. initio.

est coupable de dol ou de faute(4). Faisons remarquer que le vol de la chose due est généralement imputable au débiteur, car le plus souvent on prévient le vol en gardant la chose avec les soins d'un bon père de famille(5). Le vol ne constitue un cas fortuit que s'il a lieu malgré ces soins, par exemple s'il a été commis avec violence(6). L'incendie de la chose due, la mort et la fuite de l'animal qui faisait l'objet de l'obligation, sont tantôt des accidents, tantôt le résultat d'un dol ou d'une faute(7).

Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris (D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 15 (14), § 1).

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias(8) suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent (D. 13, 6, *commod.*, L. 18, pr.).

§ 295. *Règles générales sur la responsabilité du débiteur.*

1° Le débiteur qui a un intérêt à l'obligation, répond de la faute légère *in abstracto**; s'il n'y a aucun intérêt, il ne répond que du dol et de la faute lourde(1). En conséquence, lorsque les deux parties retirent un avantage du rapport obligatoire, elles sont responsables toutes les deux de la faute légère *in abstracto*(2). Lorsque l'une d'elles seulement est intéressée au rapport obligatoire, la même responsabilité lui incombe(3); la doctrine des anciens interprètes du droit romain, qui lui imposaient la responsabilité d'une

(5) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 15 (14), § 1.
(6) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 31, pr.
(7) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 4, L. 18, pr. initio. — (8) Un bon père de famille.
(1) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2. — (2) L. 5, § 2 i. f., cit. — (3) L. 5 cit., § 3 initio.

faute très légère, est abandonnée de nos jours[4]. Quant à la partie désintéressée, elle est seulement tenue du dol et de la faute lourde[5]. Cette théorie est rationnelle. Lorsqu'un débiteur retire un profit de l'obligation, il est juste qu'il apporte à son exécution les soins d'un bon père de famille. Mais s'il n'a aucun intérêt au rapport obligatoire, il serait injuste de le rendre responsable d'une négligence ordinaire; son créancier aurait mauvaise grâce à se plaindre de celle-ci. Il y a plus : le débiteur n'a pas voulu s'imposer une pareille responsabilité à l'occasion d'un simple service; il n'a voulu rendre qu'un service tel quel. C'est par un motif analogue que le donateur ne doit aucune garantie au donataire, ni du chef d'éviction, ni pour vices cachés; il n'a voulu transférer que la chose telle quelle. Tout ce que l'on peut exiger d'un débiteur qui ne profite pas du rapport obligatoire, c'est qu'il s'abstienne d'un dol et de fautes lourdes. Les règles énoncées s'appliquent d'ailleurs aux obligations d'un corps certain et aux obligations de choses fongibles. Pour ces dernières il est évident qu'il ne peut être question de faute quant à l'objet de l'obligation; mais il est possible que le débiteur soit en faute quant au lieu et au temps du payement.

2° Conformément à ces principes, les deux parties répondent de la faute légère *in abstracto* dans la vente[6], l'échange, le louage[6], etc. Par contre, le donateur est seulement tenu du dol et de la faute lourde[7], tandis que le donataire est tenu de la faute légère ordinaire. De même le déposant répond de toute faute, le dépositaire de la faute lourde seulement[8]. Dans le contrat de gage, la responsabilité du créancier gagiste s'étend évidemment à la faute légère. Quant à celui qui constitue le gage, il faut voir si c'est le débiteur ou un tiers. Si c'est le débiteur, il répond de toute faute, car c'est le contrat de gage qui détermine le créancier à contracter l'obligation principale ou du moins à accorder au débiteur des conditions plus avantageuses; le débiteur retire donc

(4) Cf. ci-dessus T. I, § 88 i. f. — (5) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2 initio.
(6) L. 5, § 2 i. f., cit. — (7) D. 39, 5, *de donat.*, L. 18, § 3 i. f.
(8) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2 initio.

un profit de la constitution du gage (9). On ne peut en dire autant de celui qui constitue un gage pour la dette d'autrui; aussi ne répond-il que de la faute lourde.

In contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus : dolum in deposito : nam quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus... Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam (D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2-3).

Pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum (I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 4).

§ 296. *Exceptions à la responsabilité ordinaire du débiteur.*

La responsabilité du débiteur est parfois différente, soit à raison d'une disposition spéciale de la loi, soit en vertu de la convention des parties.

I. A raison d'une disposition spéciale de la loi :

1° Le mandataire et le gérant d'affaires sont tenus de la faute légère *in abstracto** (1), le tuteur et le curateur de la faute légère *in concreto** (2). Cependant leur gestion est gratuite, ils n'ont aucun intérêt au rapport obligatoire ; d'après le droit commun, leur responsabilité aurait donc dû se limiter au dol et à la faute lourde. Le motif de l'exception est que la gestion des affaires d'autrui à l'un des titres prémentionnés a une importance particulière au point de vue du principal; sa fortune en dépend souvent. Aussi le mandant compte-t-il sur toute la diligence du mandataire et

(9) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 4.

(1) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio. Voyez cependant D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 3, § 9. — (2) D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, pr., et arg. de ce texte.

le simple gérant d'affaires ne pouvait avoir une responsabilité moindre. Si le tuteur et le curateur sont seulement tenus de la faute légère *in concreto*, c'est que leurs fonctions sont obligatoires.

2° Les associés (3), le mari dans l'administration de la dot (4), de la contre-dot (*donatio propter nuptias*) (5) et des biens paraphernaux de la femme (6), enfin les personnes entre lesquelles une chose est commune indépendamment d'un contrat de société (cohéritiers, etc.) (7), ne sont tenus que de la faute légère *in concreto*. D'après la règle générale, on aurait dû leur imposer la responsabilité de la faute légère *in abstracto*, car ils retirent un profit de l'obligation. On a considéré qu'ils sont personnellement intéressés à une bonne gestion. Si donc ils se montrent aussi soigneux qu'ils le sont d'habitude dans leurs propres affaires, sans s'élever précisément jusqu'aux soins d'un bon père de famille, il faut supposer qu'ils sont incapables de prester ces soins; les exiger d'eux, serait leur imposer une charge au-dessus de leurs forces. Au point de vue des associés, cette exigence serait d'autant plus injuste qu'il règne entre eux une sorte de fraternité (8). Au surplus, si un associé est d'une diligence inférieure à celle de la moyenne des hommes, le contrat de société a dû avoir égard à cette circonstance lors de la fixation des parts sociales; ses coassociés sont donc indemnisés d'avance de sa médiocre diligence (9).

3° Le précariste, c'est-à-dire celui qui a obtenu l'usage d'une chose à titre précaire, est seulement responsable du dol et de la faute lourde (10), bien qu'il retire un avantage exclusif du contrat. C'est que le précaire, même en droit nouveau, ne crée qu'un rapport obligatoire très affaibli; c'est avant tout un état de fait dû à la complaisance du concédant (11), on ne lui applique pas les règles rigoureuses du droit.

(3) D. 17, 2, *pro socio*, L. 72. — (4) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 17, pr.

(5) Arg. C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 20, § 2 (pr. initio), v[is] quae (*id est donatio propter nuptias*) quasi antipherna possit intellegi.

(6) C. 5, 14, *de pact. conv.*, L. 11, § 4 (L. 11 i. f.).

(7) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 16. — (8) D. 17, 2, *pro socio*, L. 63, pr. i. f.

(9) Cf. I. 3, 25, *de societ.*, § 9 i. f. — (10) D. 43, 26, *de prec.*, L. 8, § 3.

(11) L. 8, § 3 i. f., cit.

II. En vertu de conventions particulières, la responsabilité normale des parties peut être étendue on restreinte (12), sauf qu'il est défendu de stipuler qu'on ne répondra pas de son dol; le pacte *ne dolus praestetur* est nul comme immoral; il favorise le dol en en assurant d'avance l'impunité (13). Mais le créancier peut renoncer aux dommages et intérêts qui lui sont dus à raison d'un dol déjà commis (14); il n'y a alors qu'une simple renonciation à un droit acquis, et non un encouragement du dol. Les conventions modificatives de la responsabilité ordinaire du débiteur peuvent être tacites. Si un débiteur se charge spécialement de la garde, *custodia*, de la chose due, sa responsabilité s'élève d'un degré : elle est portée de la faute légère au cas fortuit (15) ou bien de la faute lourde à la faute légère (16). C'est le seul moyen de faire produire un effet à la clause relative à la *custodia;* si on ne l'interprétait pas en ce sens, elle serait complètement inutile. Toutefois, le débiteur qui répond de plein droit de la faute légère et qui se charge encore de la garde de la chose, ne supporte pas le vol commis avec violence (17); car la clause relative à la *custodia* n'a pas besoin d'être étendue à ce cas pour avoir de l'effet.

Dolum et culpam (*scilicet recipiunt*) mandatum,.. negotia gesta : in his quidem et diligentiam (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23).

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet (D. 17, 2, *pro socio*, L. 72).

Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus : nam hoc servabitur, quod initio convenit

(12) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23, v[is] Sed haec ita........ contractus dedit.
(13) L. 23 cit., v[is] excepto eo...... utimur.
(14) D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 4 initio.
(15) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3[e] initio (3).
(16) Arg. D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 35 i. f.
(17) Arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 31, pr.

(legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur : hoc enim bonae fidei judicio contrarium est : et ita utimur (D. 50, 17, de *R. J.*, L. 23). Sed post admissa haec pacisci possumus (D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 4).

Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet : si non susceperit, securus erit (I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3e (3)).

§ 297. *De la preuve.*

En général, le débiteur est tenu d'établir que l'inexécution de l'obligation ne lui est pas imputable(1); car, en se prétendant libéré, il oppose une exception à l'action du créancier et le défendeur doit prouver ses exceptions. La règle cesse si le débiteur n'est responsable que du dol et de la faute lourde ou bien de son dol seulement(2). Ici c'est le créancier qui supporte la charge de la preuve ; en effet, le dol et la faute lourde sont des exceptions et partant ne sauraient se présumer.

Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit, restituere id non cogitur : sed si culpae reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet (C. 4. 24, *de act. pigner.*, L. 5).

Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet (D. 22, 3, *de probat.*, L. 18, § 1).

(1) C. 4, 24, *de act. pigner.*, L. 5.
(2) D. 22, 3, *de probat.*, L. 18, § 1, et arg. D. 16, 3, *depos.*, L. 32.

§ 298. *Effets de l'inexécution coupable de l'obligation.*

COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht*, Leipzig, 1865.

Lorsque le débiteur est responsable de l'inexécution de l'obligation, il doit réparer tout le dommage que cette inexécution a causé au créancier(1). Les dommages et intérêts qu'il paye au créancier, représentent la moins-value du patrimoine de ce dernier à cause de l'inexécution de l'obligation ; c'est la différence entre la valeur actuelle du patrimoine du créancier et la valeur à laquelle ce patrimoine se fût élevé, si l'obligation avait été remplie. Cette idée, les Romains la rendent d'une manière très expressive par les mots *id quod interest*(1). Par application du principe énoncé, le débiteur est tenu de réparer à la fois le dommage direct et le dommage indirect, c'est-à-dire celui qui résulte immédiatement de l'inexécution de l'obligation, et celui qui n'en est qu'une conséquence médiate(2). Quelqu'un achète un cheval atteint d'une maladie contagieuse; ce cheval communique sa maladie à celui que l'acheteur possédait déjà et les deux chevaux périssent. Le vendeur doit payer la valeur des deux chevaux, quoique la mort de celui que l'acheteur possédait avant la vente, ne soit qu'un préjudice indirect. Il est aussi indifférent que le dommage causé par l'inexécution de l'obligation soit intrinsèque, relatif à la chose due elle-même, ou extrinsèque, relatif à d'autres choses(2); dans l'espèce qui vient d'être citée, la perte du cheval que l'acheteur possédait avant la vente, constitue un dommage extrinsèque. Enfin, le débiteur doit réparer le dommage positif ou consistant dans une diminution réelle du patrimoine du créancier, et le dommage négatif ou la privation d'un gain auquel le créancier était en droit de s'attendre(3). Les anciens commentateurs du droit romain ont désigné respectivement ces deux pertes par les expressions *damnum emergens** et *lucrum cessans**. Supposons qu'un commerçant achète des marchandises à l'effet de les revendre; elles ne lui

(1) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 1, pr. — (2) D. 19, 2, *loc.*, L. 19, § 1 initio.
(3) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2, § 8.

sont pas livrées. S'il les avait reçues, il aurait pu les revendre avec bénéfice ; le défaut de livraison l'a empêché de les revendre et de réaliser le bénéfice. Le vendeur doit compte à l'acheteur du gain dont il l'a privé par l'inexécution de son obligation. Les seules conditions de l'obligation de payer des dommages et intérêts sont :

1° Un préjudice véritable. D'après cela le créancier n'a droit à des dommages et intérêts pour la privation d'un gain que si ce gain était vraisemblable dans l'ordre naturel des choses ; on n'a pas égard à des bénéfices hypothétiques ; ceux-ci, faute de pouvoir être prouvés, doivent être considérés en droit comme n'existant pas. Si un vendeur de filets de pêche ne les livre pas, l'acheteur ne peut réclamer une indemnité pour la poisson qu'il aurait pu prendre à l'aide des filets(4).

2° Un dommage causé par l'inexécution de l'obligation. Entre cette inexécution et la perte subie il doit exister un lien de *causalité;* si en définitive le préjudice a une autre cause que le non-payement de la dette, il n'a rien de commun avec lui. Le débiteur d'un animal le blesse par imprudence; plus tard un accident ou le fait d'un tiers cause la mort de l'animal; le débiteur sera seulement responsable de la blessure(5).

3° Un dommage que le débiteur a prévu ou dû prévoir lors de la formation de l'obligation, du moins si celle-ci résulte d'une convention ou d'un quasi-contrat. En effet, les obligations contractuelles ou quasi-contractuelles ayant pour base la volonté des parties, il faut, dans la détermination de leurs effets, tenir compte de cette volonté ; or le débiteur ne peut avoir voulu assumer la responsabilité de pertes qu'il n'a pas prises, ni dû prendre en considération. L'équité conduit au même résultat. Il résultera bien souvent de là que le débiteur de mauvaise foi aura une responsabilité plus étendue que le débiteur de bonne foi ; à raison de son dol, il aura prévu un dommage que le second n'aura pas prévu et qu'il sera excusable de ne pas avoir prévu. Quelqu'un vend un cheval atteint d'une maladie contagieuse ; ce cheval

(4) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 29, § 3, v^is Plane si......, cbn. avec l'initium.
(5) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 30, § 4 i. f. (§ 4).

communique sa maladie au cheval que l'acheteur possédait déjà, et les deux chevaux périssent. Si le vendeur ignorait la maladie du cheval vendu, il n'est tenu que de la perte de celui-ci, car il ne pouvait s'attendre à la communication d'un mal qui lui était inconnu. Mais, s'il connaissait le mal, il a dû prévoir la contagion et il répond de la perte des deux chevaux (6).

Dans l'estimation des dommages et intérêts, le juge doit avoir égard au dommage concret éprouvé par le créancier, par suite des circonstances spéciales dans lesquelles se trouvait ce dernier. Mais le juge ne doit pas tenir compte d'un simple intérêt d'affection (7); l'affection, qui est de nature morale, n'admet point d'estimation pécuniaire. D'autre part, en vertu d'une loi de Justinien dont il est impossible de présenter une explication satisfaisante, les dommages et intérêts dus pour inexécution d'une obligation ne peuvent jamais dépasser la double valeur de la chose due (8).

Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris : hoc interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 1, pr.).

Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto : ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem : si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei : sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, pr.).

(6) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, pr.; D. 19, 2, *loc.*, L. 19, § 1.

(7) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 33, pr.

(8) C. 7, 47, *de sent.*, *quae pro eo quod interest profer.*, L. un.; cf. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 43, v^is^ De sumptibus........, L. 44, L. 45, pr. La règle est inapplicable à l'obligation de réparer le dommage causé par un délit ou par un quasi-délit.

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia ejus erit excusata : et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum[9] locasti, in quo herba mala nascebatur : hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes[10] (D. 19, 2, *loc.*, L. 19, § 1).

§ 299. *Effets de l'inexécution non coupable de l'obligation.*

D. 18, 6, et C. 4, 48, *de periculo et commodo rei venditae.*

Lorsque l'inexécution de l'obligation n'est pas imputable au débiteur, et notamment lorsqu'il y a cas fortuit, le débiteur est libéré; il ne doit pas la valeur de la chose qui faisait l'objet de son obligation. Les risques et périls sont donc pour le créancier; *res perit creditori** [1]. En effet, à raison de l'accident, l'obligation n'a plus d'objet et personne ne répond du cas fortuit[2]; l'exécution de l'obligation est devenue impossible sans la faute du débiteur, et à l'impossible nul n'est tenu[3]. De même, si par suite d'un accident, la chose a été diminuée ou détériorée, le débiteur doit seulement la livrer dans l'état où elle se trouve[4]. Le débiteur doit d'ailleurs céder au créancier les actions qu'il a acquises du chef de la chose[5]. Ce système se restreint aux dettes de corps certains; le débiteur de choses fongibles supporte la perte accidentelle des choses qu'il se proposait de livrer au créancier; il n'est jamais libéré par le cas fortuit. Si un corps certain peut périr, des choses fongibles telles qu'un cheval en général ou 100 mesures de froment ne périssent point; malgré la perte de certaines choses de l'espèce convenue, l'obligation conserve son objet; son exécution n'est pas devenue impossible et dès lors le débiteur reste tenu[6]. De là les deux adages modernes : *debitor speciei interitu rei liberatur**, et *genus aut quantitas nunquam perit**. Mais, dans les

(9) Un endroit boisé servant de pâturage.

(10) Le fermage n'est pas dû, parce que le bailleur n'a pas procuré la jouissance du pâturage.

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 37. — (2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 i. f.

(3) D. *eod.*, L. 185. — (4) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 (3 initio).

(5) I. *eod.*, § 3ᵃ (3 i. f.). — (6) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 42.

conventions bilatérales ou obligeant les deux parties, le débiteur libéré de sa dette conserve-t-il son droit à la prestation réciproque de la partie adverse, ou bien celle-ci est-elle également libérée ? Il faut distinguer entre les conventions bilatérales qui ont pour objet un transfert de propriété et celles qui ont pour objet la jouissance d'une chose ou des services. Le type des conventions de la première catégorie est la vente ; le type des secondes est le louage de choses ou de services. En règle générale, dans les premières la prestation réciproque demeure due, tandis que, dans les secondes, les deux contractants sont libérés. Mais il importe de considérer séparément les principales conventions bilatérales.

I. *De la vente.* La chose vendue et non encore livrée périt par accident; le vendeur est libéré, mais l'acheteur n'en est pas moins tenu de payer le prix. C'est donc l'acheteur qui supporte les risques et périls de la chose vendue; celle-ci venant à périr, il perd à la fois la chose et le prix (7). Cette règle est fondée en droit et en équité. Le droit du vendeur doit rester le même que la tradition de la chose ait eu lieu immédiatement après la perfection du contrat, ou bien qu'elle ait été retardée, sans qu'on puisse rien reprocher au vendeur. Or, dans le premier cas, la perte de la chose n'aurait pas privé le vendeur de son droit au prix; il eût satisfait à son obligation, l'acheteur aurait dû remplir la sienne. Il doit en être de même dans le second cas. La règle énoncée est également équitable. L'acheteur profite du *commodum rei*, par exemple d'une alluvion (8); il est juste qu'il supporte le *periculum*, par exemple celui d'une avulsion ; ses chances de perte sont compensées par des chances de gain. Ces principes subissent quelques modifications dans la vente conditionnelle et dans la vente d'une masse déterminée de choses fongibles.

1° Si la chose vendue sous condition suspensive périt pour le tout *pendente condicione*, l'acheteur ne doit pas payer le prix,

(7) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 (3 initio); D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34, § 6; D. 18, 5, *de resc. vendit.*, L. 5, § 2.

(8) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 i. f. (3); C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 12 initio.

bien que la condition s'accomplisse plus tard; la perte retombe donc sur le vendeur (9). En effet, dès l'instant de la perte totale, la vente conditionnelle est infirmée faute d'objet; la condition ne peut plus s'accomplir utilement et encore moins rétroagir. Par contre, si la chose vendue conditionnellement n'a péri qu'en partie ou s'est détériorée *pendente condicione* et que la condition se réalise dans la suite, l'acheteur obtient seulement une chose diminuée ou détériorée et doit payer l'intégralité du prix (10). Ici la vente continue d'avoir un objet, la condition s'accomplit utilement et rétroagit jusqu'au jour du contrat; en d'autres termes, la vente est censée avoir été conclue d'une manière pure et simple; il faut donc suivre la règle de la vente pure et simple.

2° Une masse déterminée de choses fongibles peut être vendue pour un prix unique (*per aversionem*, en bloc, par exemple je vends pour 1000 as tout le froment qui se trouve dans mon grenier), ou bien à tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure (je vends le même froment à raison d'autant la mesure). Dans le premier cas, il y a vente ordinaire d'un corps certain et tout le risque est pour l'acheteur (11). Dans le second, le risque de la perte totale ou partielle des marchandises est pour le vendeur, qui n'a pas droit au prix ou du moins ne peut le réclamer qu'en proportion des marchandises restantes. L'acheteur supporte seulement le risque de la détérioration; celle-ci ne donne pas lieu à une diminution du prix (12). Ces règles sont des conséquences logiques du contrat. Aux termes de celui-ci, l'acheteur ne doit payer que les unités qui lui seront comptées, pesées ou mesurées, mais aussi il doit payer toutes ces unités. Il s'ensuit que si une partie des marchandises a péri, comme cette partie ne sera pas comprise dans le compte, la pesée ou le mesurage, le vendeur n'en touchera pas le prix. Avec la perte totale le droit au prix disparaît complètement. Mais, comme la détérioration des marchandises est sans influence

(9) D. *h. t.*, L. 8, pr., v^{is} Quod si pendente condicione...... exstincta fuerit.

(10) L. 8, pr., cit., v^{is} sane si........

(11) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35, § 5 initio.

(12) Cf. L. 35, § 5 i. f., cit.

sur le compte, la pesée ou le mesurage, elle n'en a pas davantage sur le prix.

II. *Du louage.* A) La chose louée périt accidentellement après la conclusion du bail. Le bailleur est libéré de son obligation de faire jouir le preneur, mais celui-ci ne doit le prix convenu que pour la durée de la jouissance; il est libéré pour la période postérieure à la perte(13). C'est que l'obligation du bailleur, à la différence de celle du vendeur, a pour objet une chose future, savoir la prestation de la jouissance pendant la durée du bail; or le prix d'une chose future n'est dû que si cette chose arrive à l'existence et dans les limites où elle arrive à l'existence. — Si la chose louée a péri seulement en partie ou subi des détériorations, le preneur peut demander pour l'avenir une réduction proportionnelle du prix(14) et même la résiliation du bail lorsque la chose ne peut plus servir à l'usage convenu(15). Dans le cas d'un bail de biens ruraux, le fermier peut encore, du chef de récolte manquée, réclamer une réduction proportionnelle du fermage de la mauvaise année, par exemple une réduction de la moitié s'il n'a fait qu'une demi-récolte moyenne(16), et, par voie de conséquence, la remise complète du fermage si la récolte a été nulle. Mais ce droit est subordonné aux conditions suivantes :

1° La perte de la récolte doit être due à un accident imprévu lors du bail; s'il était prévu, le fermier l'a pris en considération dans la fixation du fermage(17).

2° Une partie considérable de la récolte doit avoir péri. On n'a pas égard à une perte légère; il est juste que le fermier supporte celle-ci, puisqu'il profite des bonnes récoltes, quelque abondantes qu'elles soient(18).

3° La perte doit être antérieure à la perception des fruits. Si elle survient après cette perception, le bailleur a satisfait à son obligation de faire jouir le fermier et partant ce dernier doit remplir la sienne, payer le prix convenu.

(13) D. 19, 2, *loc.*, L. 19, § 6 initio. — (14) D. *eod.*, L. 25, § 2.
(15) L. 25, § 2 initio, cit. — (16) D. *eod.*, L. 15, § 7. — (17) D. *eod.*, L. 15, § 2-3.
(18) D. *h. t.*, L. 25, § 6 initio.

4° Il faut que le fermier ne soit pas déjà indemnisé par de bonnes récoltes antérieures, sinon il n'a subi aucune perte à l'occasion du bail (19). En outre, le fermage d'abord remis à raison d'une mauvaise année peut être réclamé plus tard si la perte est réparée par des années d'abondance (20).

Enfin 5° il faut que le fermage consiste en une somme d'argent ou en une quantité déterminée de fruits (21). Le colon partiaire, c'est-à-dire le fermier qui paye comme fermage une quote-part (1/2, 1/3, 1/4, etc.) de la récolte de chaque année, ne peut jamais réclamer une réduction de cette quote-part pour récolte manquée; s'il ne fait que la moitié, le tiers ou le quart d'une récolte moyenne, il obtient, déjà par l'effet naturel du contrat, une réduction proportionnelle du fermage; il ne paye que 1/2, 1/3, 1/4, etc. de ce qu'il paye pour une année ordinaire (22).

B) On suit la même règle dans le louage de services. Si, par suite d'un accident, le travail promis n'est pas fourni ou n'est fourni que d'une manière partielle, l'ouvrier ou l'entrepreneur est libéré dans les limites de l'impossibilité qui s'est produite, mais il n'a pas droit au prix convenu (23) ou n'y a droit qu'en proportion du travail presté (24). L'obligation de l'ouvrier ou de l'entrepreneur a pour objet la prestation d'un travail, donc une chose future, et le prix d'une pareille chose n'est dû qu'en tant que la chose arrive à l'existence. Mais, si elle a commencé à exister par suite de la prestation du travail, le prix est acquis à l'ouvrier ou à l'entrepreneur et il reste dû malgré la perte subséquente de l'ouvrage (25).

III. *De la société*. Lorsqu'un accident met un associé dans l'impossibilité d'effectuer l'apport convenu, il faut distinguer si celui-ci avait pour objet la propriété d'une chose ou bien la jouissance d'une chose ou des services. Dans le premier cas l'associé, malgré la non-prestation de son apport, conserve ses droits sociaux par analogie de la vente (26); dans le second, par analogie du

(19) D. *eod.*, L. 15, § 4 i. f. — (20) L. 15, § 4 initio, cit. — (21) C. 4, 65, *de loc.*, L. 8.
(22) D. 19, 2, *loc.*, L. 25, § 6 i. f. — (23) D. *eod.*, L. 15, § 6.
(24) D. 14, 2, *de lege Rhodia*, L. 10, pr. — (25) D. 19, 2, *loc.*, L. 36-37.
(26) D. 17, 2, *pro socio*, L. 58, § 1 et pr. i. f.

louage, il les perd ou du moins ne les conserve qu'en proportion de la réalisation de son apport[27].

Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 37).

Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt (D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 42).

Cum autem emptio et venditio contracta sit.., periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit : emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet : nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est (I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3).

Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum (D. 19, 2, *loc.*, L. 19, § 6).

Si uredo[28] fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum (*scilicet Servius ait*) : si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse (D. *eod.*, L. 15, § 2).

Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed

(27) L. 58 cit., pr., v^{is} Si id........ coitam societatem. — (28) La sécheresse.

mercedis exonerationem pro rata : supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur (D. *eod.*, L. 15, § 7).

Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat[29], repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris[30] ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit : quod in omnibus personis similiter observandum est (D. *eod.*, L. 15, § 6).

SECTION III. — DE LA DEMEURE.

D. 22, 1, *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.*

VON MADAI, *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837.
WOLFF, *Zur Lehre von der Mora*, Gœttingen, 1841.
KNIEP, *Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht*, 2 vol., Rostock, 1871-1872.

§ 300. *Observations générales.*

La demeure (*mora*) est un retard coupable apporté à l'exécution de l'obligation, soit par le débiteur, soit par le créancier; le débiteur peut être en demeure de faire le payement (*mora debitoris vel solvendi*), le créancier en demeure de le recevoir (*mora creditoris vel accipiendi*). Mais une condition essentielle de la demeure est la faute; la demeure est plus qu'un simple retard matériel apporté à l'exécution de l'obligation; c'est un retard coupable, imputable à l'une des parties, car personne ne répond des cas fortuits[1]. La partie en demeure étant en faute est tenue de réparer tout le dommage qu'elle cause à la partie adverse[2].

(29) Le prix du transport avait été payé d'avance, pour être gardé provisoirement comme argent prêté.

(30) Magistrat investi d'une compétence fiscale dans les provinces; il avait contracté avec le batelier au sujet du transport de sa personne ou de ses effets.

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91, § 3.

(2) D. *eod.*, L. 114; D. 33, 6, *de trilico vino vel oleo leg.*, L. 8.

§ 301. *Conditions de la demeure du débiteur.*

I. La demeure du débiteur suppose avant tout une dette susceptible d'être efficacement poursuivie en justice(1); dans le cas contraire, le débiteur qui refuse de payer, n'est pas coupable de faute, et une faute est de l'essence de la demeure.

II. Pour que le débiteur soit en demeure, le créancier doit l'avoir inutilement sommé de payer (*interpellatio*)(2), c'est-à-dire invité à payer; en effet, aussi longtemps qu'on ne lui demande pas le payement, le débiteur peut s'abstenir de payer sans commettre aucune faute, et sans faute pas de demeure. Mais la sommation ne requiert aucune forme; elle peut se faire judiciairement par la notification d'un exploit ou extrajudiciairement, par écrit ou de vive voix. Dans trois cas, le débiteur est constitué en demeure indépendamment d'une sommation; on appelle alors la demeure *mora ex re*, en lui opposant sous le nom de *mora ex persona* la demeure qui résulte d'une sommation(2).

1° Il arrive qu'un terme ait été ajouté à l'obligation dans le but de forcer le débiteur à payer précisément au jour convenu, de manière que l'obligation ne puisse être utilement exécutée que ce jour. J'achète des chevaux en stipulant qu'ils me seront livrés à la foire prochaine; le débiteur est tenu de m'en faire la délivrance à cette époque; elle ne peut se faire utilement qu'alors; si elle n'a pas lieu en ce moment, le but du contrat est manqué. Ici le débiteur est en demeure par cela seul qu'il ne paye pas à l'échéance; une interpellation est inutile, car le débiteur est aussitôt en faute; le retard est tellement coupable qu'il équivaut à l'inexécution totale de l'obligation(3). Mais, en dehors de ce cas, la seule expiration du terme ne constitue pas le débiteur en demeure; une sommation est nécessaire dans les dettes à terme, comme dans les dettes pures et simples. En effet, si le terme n'impose pas au débiteur l'obligation de payer à jour fixe, le débiteur qui ne paye pas à

(1) Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 88. — (2) D. *h. t.*, L. 32, pr. initio.
(3) C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 10.

l'échéance n'est pas en faute, ni partant en demeure. De plus, le terme est très généralement établi dans l'intérêt du débiteur, afin de différer l'exigibilité de la dette; or, si sa seule expiration constituait le débiteur en demeure, le bénéfice du terme se retournerait contre le débiteur; celui-ci serait traité plus sévèrement que dans une obligation pure et simple (4). Un grand nombre d'interprètes sont d'un avis contraire et défendent la règle *dies interpellat pro homine** (5).

2° Les possesseurs en vertu d'un délit, tels que le voleur (6) et le possesseur violent (7), sont de plein droit en demeure; ils sont coupables par le seul effet de leur délit.

3° Si la sommation est impossible à raison de circonstances relatives au débiteur, par exemple si celui-ci est absent et n'a pas laissé de mandataire, le créancier peut le mettre en demeure par une protestation judiciaire, qui manifeste sa volonté d'être payé (8).

III. Alors même que les conditions prémentionnées sont réunies, le débiteur est seulement en demeure si le retard apporté à l'exécution de l'obligation lui est imputable; il est admis à produire de justes causes d'excuse, des *excusationes a mora**, par exemple un accident l'a empêché de se rendre au lieu du payement (9).

Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit (D. *h. t.*, L. 32, pr.).

Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest

(4) D. *h. t.*, L. 17, § 4.

(5) Voyez en notre sens WOLFF, cité, § 27-29, UNTERHOLZNER, cité, T. I, § 55, VII, PUCHTA, *Pand.*, § 269 et note q, et *Vorles.* II, § 269 i. f., MOLITOR, cité, I, nos 348-357, MOMMSEN, *Beiträge* III, § 10, MAYNZ, II, § 179 i. f., et WINDSCHEID, II, § 278, 1°, et note 5.

Contra MADAI, cité, § 16-24, MÜHLENBRUCH, II, § 355, et note 8, VANGEROW, III, § 588, *Anm.* 2, et ORTOLAN, III, n° 1657 initio.

(6) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, § 1. — (7) D. 43, 16, *de vi*, L. 1, § 34 i. f. et 35.

(8) D. 22, 2, *de naut. faen.*, L. 2. — (9) D. *h. t.*, L. 23, pr.

tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes (C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 10).

Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet (D. *h. t.*, L. 17, § 4)(10).

§ 302. *Conditions de la demeure du créancier.*

1° La demeure du créancier exige que le débiteur ait fait inutilement des offres de payer qui réunissent toutes les conditions requises pour un payement valable, à part, évidemment, l'acceptation du créancier. En effet, c'est seulement dans le cas où ces conditions concourent, que le créancier est coupable de faute pour avoir refusé les offres; l'une d'elles manquant, le refus du créancier est légitime, ce qui exclut la demeure(1). Mais aussi, lorsque les offres réunissent les conditions d'un payement valable, le créancier qui les refuse, est en faute et partant en demeure. Par application de ces principes, si la dette est payable au domicile du créancier, le débiteur est tenu de faire à ce domicile des offres réelles, c'est-à-dire accompagnées de la présentation matérielle de la chose due(2). Mais si le débiteur a le droit de payer à son propre domicile, il suffit qu'il fasse des offres verbales, en d'autres termes qu'il fasse savoir au créancier que la chose due est à sa disposition et qu'elle le soit effectivement(3); dans l'espèce, le refus du créancier de venir recevoir la chose le constitue en faute et en demeure. Si des circonstances relatives au créancier rendent impossibles les offres de payer, le débiteur peut le mettre en demeure par une protestation judiciaire(4).

2° En tout cas, le créancier est seulement en demeure si le retard apporté à l'exécution de l'obligation lui est imputable; de justes causes d'excuse excluent sa demeure(5).

---

(10) D'après ce texte, le preneur, débiteur à terme du prix du bail, ne doit les intérêts moratoires que si, après l'échéance, il a été mis en demeure.

(1) D. *h. t.*, L. 41, § 1. — (2) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 72, § 3 i. f.

(3) Arg. D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 4, § 2 i. f. — (4) C. 4, 32, *de usur.*, L. 6 i. f.

(5) Arg. D. *h. t.*, L. 23, pr.

Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit : quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, ut liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit (D. *h. t.*, L. 41, § 1)(6).

§ 303. *Effets de la demeure du débiteur.*

Conformément au principe général sur les effets de la demeure, le débiteur en demeure est tenu de réparer tout le dommage causé au créancier par son retard coupable(1). D'après cela :

1° A partir de sa demeure, le débiteur répond indistinctement de la faute légère *in abstracto**, alors même que précédemment il avait une responsabilité moindre. De plus, il doit payer dans deux cas l'estimation de la chose qui a péri par accident : d'abord lorsque la perte ne serait pas survenue chez le créancier(2), ensuite lorsque la chose eût également péri chez le créancier, mais que celui-ci l'eût vendue avant l'accident, s'il l'avait eue entre les mains, tandis que, faute de la posséder, il n'a pu la vendre(3). En effet, dans les deux hypothèses, le créancier a subi un préjudice par suite de la demeure du débiteur; dans la première, il a été privé de la chose elle-même et, dans la seconde, du prix de vente. A vrai dire, le débiteur ne supporte pas ici un accident; sa demeure implique une faute, et c'est de celle-ci qu'il est responsable. Nos sources expriment cet effet de la demeure du débiteur en disant que son obligation est perpétuée par la demeure(4). Mais elle n'est perpétuée que sous les deux rapports indiqués; abstrac-

(6) Aux termes de ce texte, des offres partielles suivies de consignation n'arrêtent pas même le cours des intérêts de l'argent consigné ; de semblables offres ne constituent donc pas le créancier en demeure.

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 114.

(2) D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14, § 11, v[is] Sed et si non culpa........observatur.

(3) L. 14, § 11, cit., v[is] Itaque interdum.........

(4) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91, § 3 initio.

tion faite de ces cas, le débiteur en demeure ne supporte pas les accidents.

2° Quant aux fruits, le débiteur ne doit pas seulement tenir compte des fruits perçus (5) et de ceux qu'il aurait pu percevoir en gérant comme un bon père de famille (6), mais de plus, si le créancier était d'une diligence supérieure à celle d'un bon père de famille et avait l'habitude de retirer de ses biens plus de fruits que les autres, il a droit à la valeur de cet excédent de fruits (7); car il en a été privé par la demeure du débiteur. Lorsqu'il s'agit de dettes d'argent, le créancier peut même réclamer, à titre de dédommagement, les intérêts de la somme due, sans devoir justifier d'un préjudice correspondant; les intérêts sont dus de plein droit, on les appelle intérêts moratoires. Leur taux est déterminé par l'usage des lieux (8). C'est que la preuve du dommage résultant du payement tardif d'une somme d'argent présente de grandes difficultés; il n'est guère possible d'établir que si on avait eu des fonds à sa disposition, on en aurait retiré un intérêt déterminé et cependant il est probable qu'on aurait perçu les intérêts usuels dans la localité; c'est pourquoi on accorde ces intérêts indépendamment de la preuve. En vertu d'une disposition spéciale, les fruits et les intérêts ne sont dus dans les obligations de droit strict qu'à partir de la *litis contestatio* (9).

Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit moram factam non esse (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 114).

Sed et si non culpa ab eo quocum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus... Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset (D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14, § 11).

Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui

(5) D. *h. t.*, L. 8. — (6) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 2 i. f.
(7) D. 4, 2, *quod met. causa*, L. 12, pr. — (8) D. *h. t.*, L. 1, pr.
(9) D. *h. t.*, L. 38, § 7.

et omnem causam oportet : nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit (D. *eod.*, L. 12, pr.).

Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur (D. *h. t.*, L. 1, pr.).

§ 304. *Effets de la demeure du créancier.*

Le créancier aussi, lorsqu'il est en demeure, doit supporter toutes les conséquences dommageables de sa faute(1). Notamment :

1° Le débiteur qui répondait jusque-là de la faute légère, n'est plus tenu que du dol et de la faute lourde(2). Si sa responsabilité antérieure persistait, la demeure du créancier lui causerait un préjudice; tout ce qu'on peut encore raisonnablement exiger du débiteur, c'est qu'il s'abstienne de nuire au créancier par dol ou faute lourde. A plus forte raison, le débiteur qui supportait précédemment les risques et périls, soit à raison d'une convention spéciale, soit parce qu'il s'agissait d'une dette de choses fongibles, en sera déchargé et la chose sera dorénavant au risque du créancier(3); dans le cas d'une dette de choses fongibles, le créancier en demeure supportera la perte du corps certain qui lui aura été offert par le débiteur(3).

2° Le débiteur a droit au remboursement des impenses légitimes qu'il a faites, depuis la demeure du créancier, pour la garde et la conservation de la chose(4).

Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat,.. legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit heres (D. 33, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 8).

(1) D. 33, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 8.
(2) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 18 (17) initio.
(3) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 6 initio.
(4) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 38, § 1.

Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, jam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore (D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 18 (17)).

§ 305. *De la cessation de la demeure.*

La demeure cesse :

1° par l'extinction de la dette[1]; la dette étant éteinte, la demeure n'a plus d'objet.

2° par l'offre du débiteur de payer[2] ou par l'offre du créancier de recevoir le payement[3], selon que c'est le débiteur ou le créancier qui est en demeure; l'offre de payer ou de recevoir le payement fait cesser la faute, et celle-ci est la base de la demeure. Si donc les deux parties sont successivement constituées en demeure, la seconde demeure efface la première[4].

3° par la renonciation de l'adversaire au bénéfice de la demeure. La demeure venant à cesser, ses effets cessent également pour l'avenir[5]; mais ceux qu'elle a déjà produits, entre autres les intérêts moratoires, restent acquis[6].

Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei[7] sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere (D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 18 (17)).

(1) D. 46, 2, *de novat.*, L. 8, pr.
(2) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 18 (17), v^is Quod si........ mihi deberet.
(3) L. 18 cit., v^is Sed si......... — (4) L. 18 cit., v^is Quod si......... mihi deberet.
(5) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 26. — (6) C. 4, 8, *de condict. furt.*, L. 2.
(7) *Id est venditori.*

SECTION IV. — DES MOYENS D'ASSURER L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION.

§ 306. *Enumération.*

Les principaux moyens d'assurer l'exécution de l'obligation sont la clause pénale, la dation d'arrhes et les intercessions (§ 307-320).

I. De la clause pénale.

KERSTEN, *De poena conventionali*, Leipzig, 1839.

§ 307. *Notions générales.*

1° La clause pénale (*poenae stipulatio*) est une convention accessoire par laquelle un débiteur promet quelque chose pour le cas où il manquerait à son obligation (1). Elle présente un double avantage. Elle assure d'abord l'exécution de l'obligation principale par la menace d'une peine; le débiteur sait qu'à défaut de s'acquitter de sa dette, il encourra une peine; cette menace doit le déterminer d'une manière spéciale à remplir son obligation (2). Ensuite, la clause pénale dispense le créancier de la preuve difficile des dommages et intérêts, dans le cas où le débiteur ne satisfait pas à son engagement; elle le soustrait à une estimation du dommage de la part du juge, dont l'évaluation a toujours quelque chose de subjectif et partant d'arbitraire (3). La clause pénale est essentiellement une convention accessoire; elle garantit l'exécution d'une autre obligation. Il en résulte que si celle-ci est nulle, la clause pénale l'est également (4); l'accessoire suit le principal. En ce qui concerne la forme de la clause pénale, il suffit d'un simple pacte, si la clause est ajoutée à un contrat de bonne foi; mais, si elle est ajoutée à un contrat de droit strict, une stipulation est nécessaire (5). En fait, les Romains n'employaient guère que la stipulation, même à l'occasion des contrats de bonne foi.

(1) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 19. — (2) C. 2, 55 (56), *de recept.*, L. 1.
(3) I. 3, 15, *de V. O.*, § 7. — (4) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 69. — (5) Cf. ci-après § 332, 2°.

2° Avec la clause pénale, destinée à assurer l'exécution d'une obligation, il ne faut pas confondre la stipulation pénale par laquelle on stipule une peine indépendamment de toute convention principale. (Je promets de vous payer 1000 as si je ne vous livre pas tel cheval, sans vous avoir promis ce cheval) ou bien dans le but de couvrir le vice d'une autre convention (Je promets de ne pas labourer mon fonds et de vous payer 1000 as si je le laboure). Dans le cas d'une clause pénale, il existe une double obligation, l'une principale et l'autre accessoire, et la nullité de la première entraîne celle de la seconde. La stipulation pénale ne crée qu'une obligation de payer la peine, et cette obligation a un caractère principal; elle est valable malgré l'absence ou la nullité d'un autre engagement (6).

Si homo mortuus sit, sisti non potest (7) nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 69).

§ 308. *A quel moment la peine est encourue.*

La clause pénale est une promesse conditionnelle, et la condition à laquelle elle est subordonnée, consiste dans l'inexécution d'une obligation. Dès lors, pour savoir à quel moment la peine est encourue, il faut se demander quand il y a inexécution de l'obligation principale. Si celle-ci consiste à ne pas faire, la peine est évidemment encourue lorsque le débiteur a fait ce dont il devait s'abstenir (1). Dans le cas où l'obligation principale consiste à donner ou à faire, il y a lieu de distinguer si elle est à terme ou pure et simple. Si elle est à terme, la peine est encourue par cela seul que le terme échoit sans que le débiteur ait rempli son obligation ; il n'est pas nécessaire qu'il ait été sommé de payer (2). En

(6) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115, § 2.

(7) Si quelqu'un promet sous clause pénale de produire en justice un esclave décédé, cet esclave ne peut être produit.

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 6.

(2) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 12.

effet, le débiteur a promis la peine pour le cas d'inexécution de l'obligation, donc pour le cas où il ne payerait pas dans le délai convenu; or, cette condition est réalisée lorsque, le jour de l'échéance, le payement n'a pas été effectué, peu importe qu'il n'y ait pas eu de sommation; la convention fait la loi des parties. Si l'obligation de donner ou de faire est pure et simple, le créancier a le droit de réclamer la peine dès que l'obligation ayant pu être exécutée, ne l'a pas été[3]; mais le débiteur peut éviter la peine en exécutant l'obligation principale avant la *litis contestatio*[4], car, moyennant cette exécution, la condition de la clause pénale est défaillie. Au reste, il est indifférent que l'obligation pure et simple ou à terme n'ait reçu aucune exécution, ou bien qu'elle ait été exécutée en partie[5]. La peine est stipulée pour le cas où l'obligation ne serait pas exécutée; or elle n'est pas exécutée, si elle ne l'est qu'en partie.

Sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum... promiserit et addiderit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse ad evitandam poenam adjicere, quod nullus eum admonuit : sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat (C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 12).

Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbitur jusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adjectus non sit, Celsus scribit libro secundo digestorum inesse quoddam modicum tempus : quod ubi praeterierit, poena statim peti potest : et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum judicium, agi ex stipulatu non poterit (D. 4, 8, *de recept.*, L. 21, § 12).

(3) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115, § 2. — (4) D. 4, 8, *de recept.*, L. 21, § 12.
(5) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 47.

§ 309. *Effets de la peine encourue.*

1° La peine étant encourue, le créancier est généralement libre de poursuivre, à son choix, l'exécution de l'obligation principale ou le payement de la peine[1]. Il va de soi qu'il a le droit de réclamer la peine; s'il le fait, le débiteur ne peut pas offrir d'exécuter l'obligation principale, ni réclamer une réduction de la peine, pas même s'il a satisfait partiellement à son obligation; pareille prétention est contraire au contrat[2]. Mais le créancier a aussi le droit de s'en tenir à l'obligation principale; la peine est établie dans son intérêt et dès lors il lui est permis d'y renoncer[3]. Il prendra ce parti si les dommages et intérêts, dus de plein droit du chef de l'inexécution de l'obligation principale, sont supérieurs au montant de la peine. Mais le créancier ne peut pas cumuler la poursuite de la dette principale et celle de la peine; la peine étant stipulée pour le cas d'inexécution de l'obligation principale, il serait contradictoire de demander à la fois l'exécution de cette obligation et la peine convenue pour le cas d'inexécution[4]. Par dérogation à ces règles, on peut convenir que la peine aura le caractère d'un dédit, de sorte que le débiteur ait le droit de se désister de l'obligation principale par le payement de la peine. Dans ce cas, le principal est seul dû, et il ne l'est pas même d'une manière absolue, puisque le débiteur a la faculté de se libérer en payant le dédit. En sens opposé, la peine peut être stipulée pour le simple retard apporté à l'exécution de l'obligation principale et alors le créancier est admis à cumuler l'une et l'autre[5]; la peine ainsi stipulée tient lieu non pas de l'exécution de l'obligation principale, mais de son exécution à l'époque convenue. Mais ces dérogations au droit commun exigent une convention spéciale.

2° Comment la peine est-elle encourue lorsque, dans l'obligation garantie par la clause pénale, interviennent plusieurs débi-

(1) C. 2, 3, *de pact.*, L. 14. — (2) Arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 47.
(3) Arg. D. *eod.*, L. 28 initio. — (4) Cf. L. 28 i. f., cit.
(5) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115, § 2 i. f.

teurs ou plusieurs créanciers? Nous supposons une obligation principale divisible et non solidaire; les cas où la dette est soit indivisible, soit solidaire, appartiennent aux théories de l'indivisibilité et de la solidarité des obligations (6). Pas de difficulté si, au moment de l'inexécution de l'obligation, celle-ci ne comprenait encore qu'un seul débiteur et un seul créancier et que plus tard le débiteur ou le créancier soit venu à décéder en laissant plusieurs héritiers. Dans l'espèce, la peine est due par chaque héritier du débiteur ou à chaque héritier du créancier, en proportion de sa part héréditaire (7). En effet, elle a été encourue pour le tout vis-à-vis du *de cujus;* au décès de celui-ci, l'obligation de la payer est devenue une dette ou une créance héréditaire, et il est de principe qu'une semblable dette ou créance se divise entre les héritiers en proportion de leurs parts respectives dans la succession, sauf si elle est indivisible, et ici elle est divisible. Mais si, lors de l'inexécution de l'obligation, il y avait déjà plusieurs débiteurs ou créanciers, soit originaires, soit en vertu de l'hérédité, et que l'inexécution ait eu lieu seulement de la part d'un débiteur ou vis-à-vis d'un créancier, la peine n'est due que par ce débiteur ou à ce créancier, pour une portion individuelle ou héréditaire (8). L'obligation principale étant complètement divisée entre les débiteurs ou entre les créanciers, il doit en être de même de l'obligation de payer la peine; rien ne s'oppose à cette division (9).

Si pacto, quo poenam adversarium tuum promisisse proponis, si placito non stetisset, stipulatio subjecta est, ex stipulatu agens vel id quod in conventionem devenerat, ut fiat, consequeris vel poenam stipulatione comprehensam more judiciorum exiges (C. 2, 3, *de pact.*, L. 14).

(6) Cf. ci-après § 334, III i. f., et 338, III. — (7) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72, pr. i. f.

(8) D. *eod.*, L. 4, § 1. — (9) Voyez toutefois D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 13.

II. De la dation d'arrhes.

§ 310. *Notions générales.*

La dation d'arrhes est une convention accessoire par laquelle l'une des parties donne une chose à l'autre, afin de prouver l'existence et d'assurer l'exécution d'une autre convention. L'arrhe (*arrha*) a donc un double but. Elle sert à la preuve d'une convention principale; le fait de la dation d'arrhes atteste qu'une pareille convention est intervenue entre parties (1). Ensuite, l'arrhe assure l'exécution d'une convention principale (2); elle constitue une peine et même une peine pour les deux contractants, ainsi qu'il sera expliqué au paragraphe suivant. Comme la clause pénale, la dation d'arrhes est une convention accessoire, qui est nulle si la convention principale est nulle. Elle se parfait seulement par la remise de l'arrhe, c'est un contrat réel innomé (3).

§ 311. *Effets des arrhes.*

Pour déterminer les effets des arrhes, il faut distinguer si les arrhes ont été données après ou avant la perfection du contrat.

1° Lorsque l'arrhe a été donnée *après* la perfection du contrat, elle doit être rendue si le contrat reçoit son exécution (1) ou si son inexécution ne peut être reprochée à aucune des parties (2); car alors elle a rempli sa mission en prouvant et assurant le contrat autant que possible, celui qui l'a reçue la détient sans cause. Mais, si le contrat demeure sans exécution par la faute de l'un des contractants, la partie adverse peut à son choix, comme dans le cas d'une clause pénale, poursuivre l'exécution de l'obligation principale en renonçant au bénéfice de la dation d'arrhes (3), ou

§ 310 — (1) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35, pr.
(2) VARRON, *de lingua lat.* V, 175 (éd. MÜLLER).
(3) Arg. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17, § 5 initio.
§ 311 — (1) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 6, v^is Ego illud ....
(2) C. 5, 1, *de sponsal.*, L. 3. — (3) Arg. D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 6, pr.

bien se prévaloir de celle-ci en renonçant à l'exécution du contrat principal(4); dans la dernière hypothèse, la partie coupable perd l'arrhe donnée(4) ou doit rendre le double de l'arrhe reçue(5). Il n'est pas permis de cumuler les deux droits. Si les parties sont convenues que l'arrhe aurait le caractère d'un dédit, mais alors seulement, chaque partie ne peut être poursuivie qu'en exécution de l'obligation principale, avec la faculté de s'en dégager par l'abandon de l'arrhe donnée ou par la restitution du double de l'arrhe reçue.

2° Lorsque l'arrhe a été donnée *avant* la perfection du contrat, et notamment à l'occasion d'un contrat qui devait encore être rédigé par écrit et ne devenir parfait que par la rédaction de cet écrit(6), l'arrhe est sujette à restitution si le contrat se parfait(7); dans ce cas, elle a atteint son but. Mais, si l'une des parties se refuse à parfaire le contrat, elle perd l'arrhe donnée ou doit rendre le double de l'arrhe reçue(8); sans la dation d'arrhes, elle aurait pu se désister impunément.

III. Des intercessions.

D. 16, 1, et C. 4, 29, *ad senatus consultum Velleianum*.

GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Iéna, 1850-1851.

HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, Dusseldorff, 1870, et *Beiträge zur Lehre von der Intercession*, Gœttingen, 1856.

§ 312. *Généralités.*

La notion de l'intercession acquit une certaine importance dans le droit romain lorsque les femmes furent déclarées incapables d'intercéder; dès ce moment il s'agissait de préciser les actes juridiques auxquels s'appliquait cette incapacité. L'intercession (*intercessio*) est une convention conclue avec le créancier d'une autre personne, convention par laquelle on prend à sa charge la

(4) L. 6, pr., cit. — (5) Arg. C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17, § 2 (L. 17 i. f.).
(6) Cf. ci-après § 374, II, 2° initio. — (7) Arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 6.
(8) C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17, § 2 (L. 17 i. f.). Cf. I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, pr. i. f.

dette de cette personne(1). Ainsi l'intercession suppose une convention conclue avec le créancier d'un tiers. On n'intercède pas en contractant avec le débiteur d'un tiers; déjà en vertu du sens vulgaire du mot, on n'intercède pas pour quelqu'un auprès de lui-même, mais auprès d'une autre personne(2). Il faut ensuite que l'intercédant prenne à sa charge la dette d'autrui. Le payement de la dette d'autrui, fût-ce *animo donandi*, ne constitue pas une intercession, puisqu'on n'assume aucune obligation. On croyait devoir protéger la femme contre des obligations contractées pour autrui; il n'était pas nécessaire de la protéger contre des payements et des donations; on ne donne pas aussi facilement qu'on s'oblige(3). Les auteurs distinguent des intercessions privatives et des intercessions cumulatives.

1° L'intercession est privative quand le débiteur principal est exclu de l'obligation, ce qui peut se faire de deux manières. Ou bien on peut libérer le débiteur principal de la dette qu'il a déjà contractée, et s'obliger en son lieu et place par la voie de la novation(4). Ou bien on peut intervenir en faveur de quelqu'un de façon à l'empêcher de s'obliger, en contractant purement et simplement pour soi, par exemple en empruntant soi-même l'argent destiné à autrui(5). La première espèce appartient à la théorie de la novation(6), la seconde ne réclame pas un examen spécial.

2° L'intercession est cumulative quand le débiteur principal demeure tenu à côté de l'intercédant, et elle affecte aussi deux formes. L'une est la constitution d'une hypothèque pour la dette d'autrui(7); il en a été question précédemment(8); celui qui hypothèque une chose en sûreté de la dette d'autrui, s'oblige au moins sur cette chose; l'un de ses biens est affecté au payement de la dette d'autrui(9). L'autre forme de l'intercession cumulative est le cautionnement, par lequel on s'oblige personnellement pour le

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 8, § 1 i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 19, pr.
(3) D. *h. t.*, L. 4, § 1, v^is^ Sed et si......... — (4) C. *h. t.*, L. 4, pr. initio (L. 4 initio).
(5) L. 4, pr. i. f., cit. (L. 4 initio). — (6) Cf. ci-après § 516.
(7) C. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. (L. 4). — (8) T. I, § 262, 3°.
(9) Cf. ci-dessus T. I, § 258, 2°.

débiteur principal ; un pareil intercédant prend le nom de caution (*adpromissor*)[10]. Le droit romain connaît de nombreuses espèces de cautions et de cautionnements : le *vas*[11], le *vindex*[12] et le *praes*[13], qui intervenaient souvent dans l'ancienne procédure et ont disparu plus tard, le *sponsor* et le *fidepromissor*, qui sont aussi propres à l'ancien droit romain[14], enfin la fidéjussion, le constitut de la dette d'autrui et le mandat en faveur d'un tiers, qui se sont maintenus dans la législation de Justinien (§ 313-318)[15].

Si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit[16], non intercedit : senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti : hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat (D. *h. t.*, L. 4, § 1).

Senatus consultum locum habet, sive eam obligationem, quae in alterius persona constitit, mulier in se transtulerit vel participaverit sive, cum alius pecuniam acciperet, ipsa se constituit ab initio ream, quod et in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est[17] (C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio)).

A) *De la fidéjussion.*

I. 3, 20, *de fidejussoribus*. — D. 46, 1, et C. 8, 40 (41), *de fidejussoribus et mandatoribus*.

§ 313. *Notions et espèces.*

1° La fidéjussion (*fidejussio*) est une stipulation par laquelle on s'oblige accessoirement à payer la dette d'autrui[1]. Elle emprunte son nom aux termes qui y étaient employés (*Idem fide tua esse*

(10) Festus, *de verb. signific.*, v° Adpromissor ; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 5, § 2.
(11) Festus, v° Vadem. — (12) Gaius, IV, 21.
(13) Gaius, IV, 16. — (14) Gaius, III, 115-127.
(15) Voyez encore D. *h. t.*, L. 17, § 2. — (16) Sous-entendez ' mulier '.
(17) Il en est de même des hypothèques consenties par des femmes sur leurs biens pour les dettes d'autrui.
(1) Cf. I. *h. t.*, pr.

jubes? — Idem fide mea esse jubeo) (2). Comme toutes les stipulations, elle est de droit strict (3).

2° On distingue une fidéjussion principale et une arrière-fidéjussion. On peut même être arrière-fidéjusseur (*fidejussor succedaneus**) en deux sens différents. On peut d'abord être fidéjusseur du fidéjusseur (*fidejussor fidejussoris*), c'est-à-dire garant du fidéjusseur principal vis-à-vis du créancier (4). Une pareille caution a, par rapport à la caution principale, la même position que celle-ci par rapport au débiteur principal; le créancier a trois rangs d'obligés. Ensuite on peut être garant du débiteur principal vis-à-vis du fidéjusseur principal. Un tel cautionnement est sans effet à l'égard du créancier; il intervient en faveur du fidéjusseur principal; si celui-ci paye la dette, il a un recours contre le débiteur principal et contre son garant l'arrière-fidéjusseur (5).

Pro fidejussore fidejussorem accipi nequaquam dubium est (D. *h. t.*, L. 8, § 12).

Potest accipi fidejussor ejus actionis, quam habiturus sum adversus eum, pro quo fidejussi (D. *h. t.*, L. 4, pr.).

§ 314. *Conditions de la fidéjussion.*

Les conditions d'une fidéjussion valable sont les suivantes :

1° Le fidéjusseur doit être capable de s'obliger, puisqu'il s'oblige à payer la dette d'autrui. Une incapacité spéciale frappe les femmes; il en sera parlé ci-après (1).

2° Il faut qu'il existe une obligation principale (2), sinon le cautionnement n'a pas d'objet; l'obligation accessoire du fidéjusseur ne se comprend pas sans une obligation principale dans le chef d'une autre personne (3). Mais il est permis de cautionner toute espèce de dettes valables (4), par exemple des dettes condition-

§ 313—(2) Gaius, III, 116 initio; I. *h. t.*, § 7. — (3) Cf. ci-après § 394, 2°.
(4) D. *h. t.*, L. 8, § 12. — (5) D. *h. t.*, L. 4, pr.

§ 314—(1) § 319-320. — (2) D. *h. t.*, L. 29. — (3) Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 178.
(4) D. *h. t.*, L. 1.

nelles, à terme, futures ou naturelles. Dans les trois premiers cas, l'obligation du fidéjusseur est elle-même conditionnelle, à terme[5] ou future[6]. Dans le quatrième, le fidéjusseur est tenu civilement; le créancier a une action contre lui, quoiqu'il n'en ait point contre le débiteur principal[7].

3° Le fidéjusseur ne peut pas s'engager d'une manière plus étendue que le débiteur principal; le cautionnement, en tant qu'il dépasse l'obligation principale, manque d'objet; il ne se rapporte plus à une dette principale[8]. Et, comme la fidéjussion était de droit strict, la violation de cette règle entraînait la nullité complète du cautionnement et non sa simple réduction au montant de l'obligation principale[9]. Pour le même motif, la fidéjussion était entièrement nulle si le fidéjusseur s'était engagé à payer autre chose que le débiteur principal, bien qu'il n'eût pas promis davantage[10]. Mais le fidéjusseur peut évidemment s'obliger d'une manière moins étendue que le débiteur principal[11].

4° La fidéjussion doit se contracter dans la forme de la stipulation; les parties doivent consentir de vive voix, par une question du créancier et une réponse du fidéjusseur[12].

Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio (D. *h. t.*, L. 6, § 2).

Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur : nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re (I. *h. t.*, § 5).

Si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari : in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur (D. *h. t.*, L. 8, § 7).

(5) D. *h. t.*, L. 57. — (6) D. *h. t.*, L. 6, § 2.
(7) Théophile, *Paraphrase des I. h. t.*, § 1 initio; arg. D. *h. t.*, L. 60 initio.
(8) I. *h. t.*, § 5 initio. — (9) D. *h. t.*, L. 8, § 7 initio. — (10) D. *h. t.*, L. 42.
(11) D. *h. t.*, L. 8, § 7 initio. — (12) I. *h. t.*, § 7.

Si ita fidejussorem accepero : ' quod ego decem credidi, de ea 'pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? ', non obligatur fidejussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest (D. *h. t.*, L. 42).

§ 315. *Effets de la fidéjussion.*

La fidéjussion a pour effet d'obliger le fidéjusseur envers le créancier; celui-ci dispose de l'*actio ex stipulatu* (1), qui est de droit strict. Pour déterminer l'étendue de l'obligation du fidéjusseur, il faut avant tout consulter le contrat intervenu entre parties. Il est loisible au fidéjusseur de ne s'engager que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, et la prudence peut lui commander de limiter ainsi son cautionnement pour se soustraire à des dommages et intérêts qui dépassent souvent d'une manière sensible le montant de l'obligation principale (2). A l'époque classique, le fidéjusseur se bornait parfois à promettre de payer ce que le créancier ne parviendrait pas à obtenir du débiteur (*quod a debitore servari non possit*) (3); les modernes ont appelé une pareille fidéjussion *fidejussio indemnitatis**. Dans ce cas, le créancier devait poursuivre en premier lieu le débiteur principal et pendant qu'il était solvable; s'il avait négligé de le faire et que le débiteur fût devenu insolvable, le fidéjusseur était libéré; la condition du cautionnement était défaillie (3). Mais, depuis l'introduction du bénéfice d'ordre, les mêmes règles doivent être observées de plein droit, en vertu de la nature de la fidéjussion (4), et partant la clause prémentionnée ne présente plus d'utilité. Sauf convention contraire, le fidéjusseur est tenu exactement de la même manière que le débiteur principal (5). Ainsi :

I. Il n'est pas tenu à moins. Il est donc obligé solidairement, alors même qu'il a des cofidéjusseurs (6), et, comme l'hypothèque (7),

(1) Arg. Gaius, III, 116 initio, et I. *h. t.*, § 7. — (2) D. *h. t.*, L. 68, § 1.
(3) D. *h. t.*, L. 41, pr.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 116.
(4) Cf. ci-après le n° II, 1°, du présent paragraphe.
(5) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 32, pr. i. f. — (6) I. *h. t.*, § 4 initio.
(7) Cf. ci-dessus T. I, § 268.

le cautionnement garantit, outre la dette proprement dite, toutes les prestations accessoires que le fidéjusseur a prévues ou pu prévoir lors de la fidéjussion (8).

II. Mais le fidéjusseur n'est pas tenu à plus que le débiteur principal et surtout il peut, en général, invoquer les mêmes exceptions (9), telles que les exceptions de dol et de violence compétant au débiteur principal (10), l'exception dilatoire fondée sur le terme ajouté à l'obligation principale (11), l'exception du sénatus-consulte Macédonien dans le cas d'un prêt d'argent fait à un enfant sous puissance (12), celle qui résulte d'une remise de dette accordée au débiteur principal (13), etc. Toutefois, le fidéjusseur ne dispose pas des exceptions purement personnelles au débiteur principal (14), par exemple si le créancier a accordé à ce dernier une remise personnelle de la dette (15), ni des exceptions contre lesquelles le cautionnement a eu précisément pour but de protéger le créancier; le fidéjusseur a d'avance renoncé à ces exceptions. Quelqu'un se porte fidéjusseur d'un mineur, sachant qu'il est mineur; le débiteur principal se fait restituer en entier pour cause de minorité; son fidéjusseur ne profitera point de la restitution (16). Par contre, le fidéjusseur peut exercer trois bénéfices qui lui sont propres, savoir le bénéfice d'ordre créé par Justinien (17), le bénéfice de division introduit par un rescrit d'Adrien (18) et le bénéfice de cession d'actions qui remonte aux premiers temps de l'empire (19).

1° Le bénéfice d'ordre ou de discussion (*beneficium ordinis vel excussionis**) autorise le fidéjusseur poursuivi avant le débiteur principal à demander la discussion préalable de ce dernier (20). Mais il faut que le débiteur principal soit en état de payer au

(8) D. *h. t.*, L. 58, § 1, L. 68, pr. — (9) I. 4, 14, *de replicat.*, § 4 initio.
(10) D. 44, 1, *de except.*, L. 7, § 1 initio. — (11) D. *h. t.*, L. 57.
(12) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9, § 3 initio.
(13) I. 4, 14, *de replicat.*, § 4, v^is Qua ratione......... peteretur.
(14) D. 44, 1, *de except.*, L. 7, pr. — (15) D. 2, 14, *de pact.*, L. 22.
(16) Paul, I, 9, § 6. — (17) Nov. 4, c. 1.
(18) I. *h. t.*, § 4, v^is Sed ex epistula......... partes petere.
(19) Arg. D. *h. t.*, L. 36, rubrique. — (20) Nov. 4, c. 1 initio.

moins une partie de la dette, sinon sa discussion n'a pas d'objet(21). Le bénéfice se fonde sur une *fidejussio indemnitatis** tacite (22); le fidéjusseur est censé avoir promis seulement de payer ce que le créancier ne pourrait obtenir du débiteur principal. Pour ce motif, le fidéjusseur est libéré si le créancier a négligé de poursuivre le débiteur principal alors que celui-ci était encore solvable; le créancier supporte son insolvabilité subséquente(23). A plus forte raison, si le fidéjusseur a opposé avec succès le bénéfice et que le débiteur principal soit devenu insolvable après coup, le créancier doit-il supporter les suites de sa négligence(24).

2° Le bénéfice de division (*beneficium divisionis**) suppose qu'il y ait plusieurs fidéjusseurs, et il tend à faire diviser la poursuite entre les différents fidéjusseurs actuellement solvables(25). Il se fonde sur ce que chacun des fidéjusseurs est censé avoir promis seulement de payer, outre sa part, celles des autres pour le cas où le créancier ne parviendrait pas à les recouvrer; en conséquence il est libéré du payement de la part du cofidéjusseur que le créancier a négligé de poursuivre pendant qu'il était solvable(26).

3° Le bénéfice de cession d'actions (*beneficium cedendarum actionum**) a pour but d'obtenir la cession des actions qui appartiennent au créancier à raison de la dette cautionnée(27). Cette cession d'actions est utile au fidéjusseur, soit pour lui procurer un recours qu'il n'a pas de plein droit contre le débiteur principal ou ses cofidéjusseurs(28), soit pour garantir un pareil recours par une hypothèque appartenant au créancier(29). Mais la cession doit être réclamée avant la consommation du payement, car celui-ci éteint la dette et partant les actions du créancier; or, les actions du

(21) Arg. Nov. 4, c. 1 initio. — (22) Voyez le commencement du présent paragraphe.

(23) En ce sens GIRTANNER, cité, III, § 36, p. 483-490, VANGEROW, III, § 578, *Anm.* 4, MAYNZ, II, § 263, note 19, et WINDSCHEID, II, § 478, et note 10. Contra PUCHTA, *Pand.*, § 405 i. f., et RUDORFF, *ad h. l.*, note r.

(24) Arg. D. *h. t.*, L. 51, § 4.

(25) I. *h. t.*, § 4, v[is] Sed ex epistula...... partes petere.

(26) En ce sens WINDSCHEID, II, § 479, et note 11 initio, et au fond aussi MAYNZ, II, § 263, note 25 cbn. avec note 19. — (27) D. *h. t.*, L. 17.

(28) C. *h. t.*, L. 11. — (29) C. *h. t.*, L. 2, pr. (L. 2 initio).

créancier étant éteintes, il ne peut plus être question de les céder (30).

Il résulte de cet exposé que le bénéfice le plus avantageux est le bénéfice d'ordre, puisqu'il tend à repousser le créancier pour le tout. Après lui vient le bénéfice de division, qui repousse au moins partiellement le créancier. Le bénéfice de cession d'actions est le moins favorable, car il ne dispense pas le fidéjusseur du payement intégral de la dette; il se borne à procurer ou à garantir un recours contre le débiteur principal ou les cofidéjusseurs. Dès lors il est évident que le fidéjusseur qui est dans les conditions voulues pour user du bénéfice d'ordre, ne manquera pas de l'invoquer de préférence aux deux autres. Subsidiairement il opposera le bénéfice de division plutôt que le bénéfice de cession d'actions. Celui-ci ne sera invoqué qu'en dernier lieu, et notamment si le débiteur principal ou les cofidéjusseurs sont actuellement insolvables; dans ce cas le fidéjusseur les poursuivra, par les actions cédées, après qu'ils seront devenus solvables, ou bien il fera valoir immédiatement l'hypothèque qui lui a été cédée.

Modestinus respondit in id quod tutor conveniri potuit, fidejussorem quoque conveniri posse (D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 32, pr.).

Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur (I. *h. t.*, § 4).

Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Sticho solvendo et is decessit (D. *h. t.*, L. 58, § 1).

Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus (I. 4, 14, *de replicat.*, § 4).

Fidejussor, antequam reus debeat, conveniri non potest (D. *h. t.*, L. 57).

Exceptiones, quae personae cujusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem ' quod facere possit ' (31).. non competit fidejussori (D. 44, 1, *de except.*, L. 7, pr.).

(30) D. 46, 3, *de solut.*, L. 76. — (31) Le bénéfice de compétence de l'associé.

Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur (Paul, I, 9, § 6).

§ 316. *Du recours auquel la fidéjussion donne lieu.*

1° En règle générale, le fidéjusseur qui a payé le créancier, a un recours contre le débiteur principal; car le plus souvent il a cautionné le débiteur à la suite d'un mandat ou comme gérant d'affaires, et à ce titre il dispose des actions contraires de mandat(1) ou de gestion d'affaires(2), indépendamment des actions du créancier qu'il a pu se faire céder(3). Le recours cesse si le fidéjusseur a cautionné le débiteur dans l'intention de lui faire une libéralité(4) ou nonobstant sa défense(5); c'est l'application de la théorie générale du quasi-contrat de gestion d'affaires(6). Toutefois, même dans le cas d'opposition du débiteur principal, le fidéjusseur se crée un recours en se faisant céder les actions du créancier.

2° Le fidéjusseur qui a payé la totalité de la dette, ne jouit généralement d'aucun recours contre ses cofidéjusseurs, faute d'un rapport de mandat ou de gestion d'affaires entre les cautions(7). Mais le bénéfice de cession d'actions lui permet de se procurer ce recours(8).

Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus reciperandi causa habet cum eo mandati judicium (I. *h. t.*, § 6).

Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est (D. 17, 1, *mand.*, L. 40).

Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fidejussit non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est (C. *h. t.*, L. 11).

(1) I. *h. t.*, § 6. — (2) Arg. D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 42 (43).
(3) C. *h. t.*, L. 14, § 1-2 (L. 14). — (4) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 4.
(5) D. 17, 1, *mand.*, L. 40. — (6) Cf. ci-après § 474, I, 1° et 2°.
(7) C. *h. t.*, L. 11, pr. (L. 11 initio). — (8) L. 11, § 1 (L. 11), cit.

B) *Du constitut de la dette d'autrui;* § 317.

D. 13, 5, *de pecunia constituta.* — C. 4, 18, *de constituta pecunia.*

La fidéjussion est un cautionnement du droit civil, soumis à la rigueur du droit strict. Le constitut de la dette d'autrui (*constitutum debiti alieni**) est un cautionnement du droit des gens et de bonne foi; il fut introduit par l'édit prétorien[1]. C'est pourquoi on s'y conforme aux règles de la fidéjussion[2], sauf qu'il est plus libre sous les rapports suivants :

1° Lorsqu'il est plus étendu que l'obligation principale, il est seulement réduit à cette obligation et non frappé de nullité complète[3]; le constituant peut même s'engager d'une manière plus onéreuse quant au temps[4] et au lieu[5] du payement. Il peut aussi s'engager à payer autre chose, pourvu qu'il ne promette pas davantage[6].

2° Le constitut de la dette d'autrui est un pacte prétorien, qui se parfait par le simple consentement des parties, indépendamment de la forme de la stipulation[7]. Il donne lieu à l'*actio de pecunia constituta*[8], qui est de bonne foi[9].

Si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id quod plus est (D. *h. t.*, L. 1, § 8).

Nihil prohibet et aliud pro debito constitui : denique si quis centum debens frumentum ejusdem pretii constituat, puto valere constitutum (D. *h. t.*, L. 1, § 5).

C) *Du mandat en faveur d'un tiers;* § 318.

Par lui-même le mandat en faveur d'un tiers (*mandatum qualificatum**) est nul; le mandataire ne peut être contraint de l'exécuter, ni par le mandant, faute d'intérêt, ni par le tiers, puisqu'il

(1) Cf. ci-après § 352, 2°.
(2) D. *h. t.*, L. 3, § 1, L. 16, pr.; C. *h. t.*, L. 3; Nov. 4, c. 1.
(3) D. *h. t.*, L. 1, § 8 i. f. — (4) D. *h. t.*, L. 4. — (5) D. *h. t.*, L. 5, pr.
(6) D. *h. t.*, L. 1, § 5. — (7) I. 4, 6, *de action.*, § 9; D. *h. t.*, L. 1, pr.
(8) I. 4, 6, *de action.*, § 9. — (9) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr.

n'est pas intervenu au contrat. Toutefois, le mandat dont il s'agit constitue au moins un cautionnement d'une dette future ; le mandant est censé vouloir cautionner le tiers dans l'intérêt de qui il donne le mandat, pour le cas où le mandataire l'exécuterait volontairement, en faisant au profit du tiers ce qu'il est chargé de faire. Si cette éventualité se réalise, la dette future que le mandant a voulu cautionner, arrive à l'existence et avec elle l'obligation de la caution ; le mandataire a deux débiteurs : un débiteur principal dans le chef du tiers et une caution, qui est le mandant(1). En général, les règles de la fidéjussion sont encore suivies ici(2), mais avec cette notable différence que l'obligation du mandant n'est pas une obligation accessoire ; c'est une obligation propre et indépendante de celle du débiteur principal, une obligation résultant d'un mandat(3) et soumise à la théorie de ce contrat. Il s'ensuit que si le mandataire s'est renfermé dans les limites de son mandat, le mandant doit lui restituer ses débours légitimes ; il ne peut se soustraire à cette responsabilité fondée sur le mandat, en opposant des exceptions du débiteur principal(4), telle que l'exception du sénatus-consulte Macédonien dans le cas où le mandat tendait à faire prêter de l'argent à un enfant sous puissance.

Adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares : sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset (I. 3, 26, *de mand.*, § 6).

Mandatores et si sine judicio solverint, habent actionem mandati (D. 17, 1, *mand.*, L. 10, § 11).

(1) I. 3, 26, *de mand.*, § 6, v^is Et adeo haec.........

(2) C. 8, 40 (41), *de fidejuss.*, L. 23 ; C. 4, 18, *de constit. pec.*, L. 3 ; Nov. 4, c. 1 ; D. 17, 1, *mand.*, L. 10, § 11. — (3) D. *eod.*, L. 28.

(4) D. 4, 4, *de minor.*, L. 13, pr., v^is Facilius in mandatore........ contraheretur, cbn. avec le surplus du passage.

D) *Des intercessions des femmes.*

§ 319. *Historique.*

Sous la république, les femmes intercédaient avec une liberté entière. Mais, sous l'empire, on crut devoir les protéger contre une faiblesse de caractère qui les aurait entraînées à intercéder trop facilement pour autrui(1); le sénatus-consulte Velléien du règne de Claude frappa d'inefficacité les intercessions de la femme au profit d'une personne quelconque(2). Plus sévère encore, Justinien les déclara inexistantes si elles étaient faites autrement que par un écrit public signé de trois témoins(3) et même d'une manière absolue si elles avaient lieu au profit du mari(4).

Velleiano senatus consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent (D. *h. t.*, L. 1, pr.).

Opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis hujuscemodi casibus suppositis atque objectis (D. *h. t.*, L. 2, § 2).

§ 320. *Législation de Justinien.*

Dans le dernier état du droit romain, l'intercession de la femme est un acte solennel : elle exige, à peine de nullité, un écrit public signé de trois témoins(1). Mais, même revêtue de cette formalité, elle est inexistante ou inefficace selon que la femme a intercédé en faveur de son mari(2) ou au profit d'un tiers(3). C'est à ces intercessions solennelles en faveur de personnes autres que le mari que se restreint maintenant la théorie du sénatus-consulte Velléien(3). De pareilles intercessions, sans être inexistantes, sont frappées d'inefficacité; elles n'obligent la femme ni civilement, ni naturellement(4). Faute d'obligation civile, la femme peut repousser l'action du créancier par l'exception du sénatus-consulte Velléien(5).

§ 319—(1) D. *h. t.*, L. 2, § 2. — (2) D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 2, § 1.
(3) C. *h. t.*, L. 23, § 2-3 (§ 2). — (4) Nov. 134, c. 8.
§ 320—(1) C. *h. t.*, L. 23, § 2-3 (§ 2). — (2) Nov. 134, c. 8.
(3) C. *h. t.*, L. 23, § 2 (§ 2 initio). — (4) Arg. C. *h. t.*, L. 9.
(5) D. *h. t.*, L. 25, § 1.

Et, comme elle n'est pas davantage tenue naturellement, si, dans l'ignorance de son bénéfice, elle a payé le créancier, elle dispose de la *condictio indebiti;* on excuse ici exceptionnellement une erreur de droit (6).

Si pro eo (*id est servo suo domina*) fidejusserit, exceptione senatus consulti Velleiani judicio conventa adversus creditorem tueri se poterit (D. *h. t.*, L. 25, § 1).

Quamvis pro alio solvere possit mulier, tamen si praecedente obligatione, quam senatus consultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit ejus senatus consulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio (C. *h. t.*, L. 9).

CHAPITRE II. — DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SECTION I. — DES OBLIGATIONS DE DONNER ET DES OBLIGATIONS DE FAIRE.

§ 321. *Objet de la division.*

En définissant l'obligation (1), nous avons eu l'occasion d'expliquer les deux sens dans lesquels on prend le *dare* et le *facere* considérés comme objet du rapport obligatoire. A ces deux sens correspondent les deux acceptions de la division des obligations dont il s'agit ici.

1° A proprement parler, l'obligation de donner (*obligatio dandi*) est celle qui a pour objet un transfert de propriété ou la constitution d'un autre droit réel. L'obligation de faire (*obligatio faciendi*) comprend le surplus des obligations et par conséquent aussi celles qui ont pour objet la remise d'une chose dans un but autre que celui de concéder un droit réel, c'est-à-dire les *obligationes tradendi*; à cette catégorie appartiennent l'obligation du bailleur et même celle du vendeur(2).

2° Mais parfois on attribue une portée plus large à l'obligation

(6) C. *h. t.*, L. 9.

(1) T. II, § 283, 3°. — (2) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 30, § 1.

de donner; on entend par là l'obligation qui a pour objet la remise d'une chose corporelle à un titre quelconque; à ce point de vue, les *obligationes tradendi* et notamment celles du vendeur et du bailleur deviennent des obligations de donner. Alors l'obligation de faire est plus restreinte; elle ne comprend plus que les obligations qui consistent à prester des faits proprement dits.

§ 322. *Importance de la division.*

Envisagée dans son second sens, la présente division des obligations offre un double intérêt.

1° L'obligation de donner admet directement une exécution forcée; le débiteur peut être contraint par la force publique à remplir son obligation comme il l'a contractée; la chose due peut lui être enlevée *manu militari,* pour être remise au créancier[1]. Par contre, l'obligation de faire n'est pas directement susceptible d'exécution forcée; la force matérielle est impuissante à contraindre quelqu'un à faire ce qu'il ne veut pas faire ou bien à s'abstenir d'un acte qu'il est décidé à faire; *nemo praecise ad faciendum cogi potest**. Dès lors le seul moyen de réaliser l'exécution forcée des obligations de faire est de les convertir en obligations de donner, et ce résultat est atteint par la condamnation du débiteur à des dommages et intérêts; l'obligation de faire devient ainsi une dette d'argent[2].

2° Les obligations de donner sont presque toujours divisibles, tandis que les obligations de faire sont généralement indivisibles[3].

Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiatur, et faciat ne quod ex ea re damnum ita habeatur, facit quod promisit : si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus (D. 42, 1, *de re judic.*, L. 13, § 1).

(1) D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 68 initio.
(2) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 13, § 1. — (3) Cf. ci-après § 337.

SECTION II. — DES OBLIGATIONS DE CHOSES FONGIBLES ET DES OBLIGATIONS DE CHOSES NON FONGIBLES.

§ 323. *Objet de la division.*

L'obligation de choses fongibles est celle qui porte sur une chose considérée seulement quant à son genre (*genus, quantitas*); l'obligation de choses non fongibles a pour objet un individu déterminé (*species*)(1). Dans le premier cas, la chose due peut être une quantité de choses, des *res quae pondere, numero vel mensura constant*(2), ou bien un individu à prendre dans un certain genre, un genre proprement dit. Nous appellerons les obligations de choses fongibles de la première catégorie des obligations d'une quantité de choses fongibles, celles de la seconde des obligations d'un genre proprement dit. Quant aux obligations de choses non fongibles, nous leur donnerons par la suite le nom d'obligations d'un corps certain(3).

In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 54, pr.).

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem(4) quam specie (D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2, § 1).

§ 324. *Importance de la division.*

1° Avant tout, comme il a été expliqué(1), le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte accidentelle de celui-ci; le débiteur de choses fongibles n'est jamais libéré par le cas fortuit.

2° Le débiteur d'un corps certain doit apporter certains soins

§ 323—(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 54, pr. — (2) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2, § 1. (3) Cf. ci-dessus T. I, § 65. — (4) Sous-entendez 'magis'.

§ 324—(1) T. II, § 299.

à la garde et à la conservation de la chose due[2]; il ne peut être question de semblables soins à l'occasion d'une dette de choses fongibles[3].

3° Dans l'obligation de choses fongibles, il y a lieu de choisir la chose qui doit être payée. En principe, ce choix appartient au débiteur[4], car dans le doute on interprète le contrat en sa faveur[5]. Mais, lorsqu'il s'agit d'un legs de choses fongibles, c'est le légataire qui a le choix, quoiqu'il soit créancier[6]; on interprète largement les dispositions de dernière volonté[7]. S'il s'agit d'un genre proprement dit, la partie qui a le choix, doit d'ailleurs choisir une chose de valeur moyenne; le débiteur ne peut offrir la plus mauvaise, ni le créancier réclamer la meilleure[8]; un pareil choix serait contraire à la volonté des parties. Quant aux dettes d'une quantité de choses fongibles, comme celles-ci ont une valeur uniforme, la personne qui a le choix, peut le faire porter sur des choses quelconques de l'espèce[9], pourvu qu'elles ne soient pas vicieuses[10]. Enfin, si une dette a pour objet un genre proprement dit, le choix est indivisible ; celui à qui il appartient, doit choisir une chose entière du genre; il ne peut choisir des parties divises ou indivises de plusieurs choses; d'après la volonté des contractants, c'est une chose entière du genre convenu qui doit être prestée[11]. Il ne peut être question de cette indivisibilité à l'occasion des dettes d'une quantité de choses fongibles; ici, quelles que soient les choses choisies, le payement aura pour objet la quantité de choses qui doit être prestée. Si le débiteur de choses fongibles croyant devoir un corps certain paye celui-ci, il est autorisé à le répéter par la *condictio indebiti* et à en offrir un autre, car son erreur exclut le choix[12].

---

(2) Cf. ci-dessus T. II, § 294-298. — (3) § 295, 1° i. f.
(4) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 60. — (5) Cf. ci-après § 382bis, 1°.
(6) I. 2, 20, *de leg.*, § 22. — (7) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 12.
(8) D. 30, *de leg.* 1°, L. 37, pr. — (9) D. 17, 1, *mand.*, L. 52 initio.
(10) D. 33, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 3, pr.
(11) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85, § 4. — (12) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 32, § 3.

Comprehensum erat lege venditionis dolia sexaginta emptori accessura : cum essent centum, in venditoris fore potestate responsum est quae vellet dare (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 60).

Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur (D. 30, *de leg.* 1°, L. 37, pr.).

Cum stipulatus sum hominem incertum,.. solvi.. nisi solidus non potest. Alioquin in diversis hominibus recte partes solventur : quod non potuit defunctus facere, nec quod stipulatus sum consequar (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85, § 4).

SECTION III. — DES OBLIGATIONS CONJONCTIVES, ALTERNATIVES ET FACULTATIVES.

§ 325. *Des obligations conjonctives.*

L'obligation est conjonctive lorsqu'elle porte sur plusieurs choses, qui toutes doivent être payées ; *plures res sunt in obligatione, et plures in solutione**. C'est une obligation ordinaire avec une pluralité d'objets; les différentes choses qui y figurent sont dues et payables de la même manière que si elles faisaient l'objet d'obligations séparées (1). En conséquence, si l'obligation est nulle par rapport à l'une des choses, elle n'en est pas moins valable quant aux autres (2). Le créancier peut réclamer et le débiteur doit payer toutes les choses sur lesquelles porte l'obligation. Enfin, la perte fortuite de l'une des choses ne dispense pas le débiteur du payement des autres.

§ 326. *Des obligations alternatives.*

L'obligation est alternative lorsqu'elle porte sur plusieurs choses dont une seule doit être payée ; *plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione**. Ainsi l'obligation alternative comprend plusieurs choses ; plusieurs choses sont dues, tout comme dans l'obligation conjonctive. Mais, à la différence de

(1) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 29, pr. i. f. — (2) Cf. D. *eod.*, L. 83, § 4.

ce qui a lieu dans celle-ci, le débiteur ne doit en payer qu'une seule. De là les règles suivantes :

1° L'obligation nulle par rapport à l'une des choses comprises dans l'alternative n'en subsiste pas moins quant aux autres (1).

2° Le créancier ne peut demander qu'alternativement les choses dues, comme il les a stipulées (2). Il ne peut pas les réclamer conjointement, ni faire porter sa demande exclusivement sur l'une d'elles, de façon à dépouiller le débiteur du choix (2). C'est en effet au débiteur qu'appartient le droit de choisir (2), comme dans l'obligation de choses fongibles (3), pour le même motif et avec une exception analogue dans le cas d'un legs alternatif (4). Ici encore le choix est indivisible ; il doit porter pour le tout sur l'une des choses dues alternativement (5) ; telle est la volonté des parties. Mais il va de soi que la partie qui a le choix, est libre de choisir une chose quelconque comprise dans l'alternative. Enfin, toujours par analogie de la dette de choses fongibles, si le débiteur a payé les deux choses dues alternativement croyant les devoir conjointement, il peut répéter par la *condictio indebiti* l'une ou l'autre, à son choix (6), et s'il a payé une chose, dans la croyance qu'elle était seule due, il peut encore la répéter et offrir l'autre (7).

3° La perte fortuite de l'une des deux choses comprises dans l'alternative ne dispense pas le débiteur du payement de l'autre (8), car l'obligation portait sur les deux choses et dès lors le seul effet de la perte de l'une doit être de restreindre l'obligation à l'autre. Toutefois le débiteur qui a le choix, peut aussi, s'il le préfère, offrir le prix de la chose qui a péri et qui a moins de valeur (9). En effet, la règle d'après laquelle le débiteur ne doit pas l'estimation de la chose qui a péri par accident, a été admise exclusivement dans son intérêt ; or chacun est libre de renoncer à un droit établi en sa faveur. Dans le système contraire la règle, loin de lui pro-

(1) D. 46, 3, *de solut.*, L. 72, § 4 initio. — (2) I. 4, 6, *de action.*, § 33ᵈ (§ 33).
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 324, 3°. — (4) D. 30, *de leg.* 1°, L. 34, § 14.
(5) D. 31, *de leg.* 2°, L. 15. — (6) C. 4, 5, *de condict. indeb.*, L. 10.
(7) Arg. L. 10 cit. — (8) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34, § 6 initio.
(9) D. 30, *de leg.* 1°, L. 47, § 3.

fiter, lui causerait un préjudice en le forçant à payer plus(10). Si les deux choses dues alternativement viennent à périr par accident, il va de soi que le débiteur est libéré(11). Lorsque, après la perte accidentelle de l'une des choses, l'autre périt par la faute du débiteur, l'estimation de la dernière est due, à moins que le débiteur qui a le choix, n'aime mieux payer la valeur de la chose détruite en premier lieu par accident; car, après cette première perte, il devait l'objet restant avec la même faculté. — Si, en sens inverse, la première perte est imputable au débiteur, tandis que la seconde est accidentelle, le créancier a droit à l'estimation de la chose qui a péri en second lieu et par accident. En effet, en vertu de l'obligation alternative, le créancier a l'avantage de rester créancier quand l'une des choses périt; il conserve alors son droit à l'autre. Or la faute du débiteur qui fait périr une chose, prive le créancier de cet avantage, et partant, tout en limitant la dette à l'objet qui reste, elle astreint le débiteur à payer cet objet d'une manière absolue, c'est-à-dire à en payer la valeur alors même qu'il périrait accidentellement(12). Si le créancier avait le choix, il pourrait aussi demander de préférence l'estimation de la chose qui a péri en premier lieu et par la faute du débiteur.

Si quis ita a te stipulatus sit ' hominem Stichum aut decem aureos dare spondes? ', deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem tantum,.. plus petere intellegitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit : qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario... Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est (I. 4, 6, *de action.*, § 33[d] (§ 33)).

(10) Voyez en ce sens MOLITOR, cité, I, n° 224 initio, et MOMMSEN, *Beiträge* I, § 26, 1°, p. 309-354. Contra MAYNZ, II, § 191, et note 15.

(11) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34, § 6 initio.

(12) D. 46, 3, *de solut.*, L. 95, § 1, v[is] Enimvero si........ desiderabitur.

Si quis duobus heredibus institutis ita legaverit : ' Stichum aut ' decem heredes danto ', non potest alter heredum quinque, alter partem Stichi dare, sed necesse est utrumque aut Stichum totum aut decem solvere (D. 31, *de leg.* 2°, L. 15).

Si emptio ita facta fuerit : ' est mihi emptus Stichus aut Pam-' philus ',.. uno mortuo qui superest dandus est : et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium (13) debebitur : unus enim utique (14) periculo emptoris vixit (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34, § 6).

Si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio,.. et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur,.. quoniam impunita non debent esse admissa (15), doli actio non immerito desiderabitur (D. 46, 3, *de solut.*, L. 95, § 1).

§ 327. *Des obligations facultatives.*

1° L'obligation dite facultative est une obligation qui porte sur une seule chose, mais avec la faculté pour le débiteur d'en donner une autre en payement : *una res est in obligatione, et altera in facultate solutionis** (1). L'expression ' obligation facultative ' est impropre ; il est de l'essence d'une obligation d'impliquer une nécessité juridique ; l'épithète de facultative contredit donc le mot obligation. Aussi, dans l'obligation dite facultative, n'est-ce point l'obligation elle-même qui est facultative ; c'est la dation en payement qui a ce caractère ; le débiteur a la faculté de donner en payement une chose autre que la chose due (2). Cette faculté suppose une convention spéciale ou une disposition spéciale, car elle est exceptionnelle. En principe, le débiteur doit payer la chose due elle-même ; il ne peut contraindre le créancier à en accepter une autre en payement (2).

2° L'obligation facultative ne comprend qu'une seule chose, une chose unique est due ; celle que le débiteur a la faculté de

(13) Le prix de vente. — (14) Du moins. — (15) Les mauvaises actions.

(1) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6, § 1. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 288, 1°.

payer, ne fait nullement l'objet de la dette[3]. C'est par là que l'obligation facultative se distingue des obligations conjonctives ou alternatives, lesquelles comprennent plusieurs choses. Par application de ce principe, l'obligation facultative nulle quant à la chose due est nulle pour le tout; le créancier ne peut réclamer et le débiteur ne doit payer que la chose faisant l'objet de l'obligation[4]; enfin, la perte accidentelle de cette chose libère complètement le débiteur.

SECTION IV. — DES OBLIGATIONS CIVILES ET DES OBLIGATIONS NATURELLES.

SCHWANERT, *Die Naturalobligationen des römischen Rechts*, Goettingen, 1861.
MACHELARD, *Des obligations naturelles en droit romain*, Paris, 1861.
MASSOL, *De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français*, p. VI-LIV, et p. 1-215, Paris, 1862, 2de édition.

§ 328. *Règles générales.*

L'obligation civile (*obligatio civilis*) est celle qui se fonde sur le droit civil; c'est à elle que s'applique la définition : *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*[1]. L'obligation naturelle (*obligatio naturalis*) est celle qui ne se fonde pas sur le droit civil, mais seulement sur le droit des gens; *is natura debet, quem jure gentium dare oportet*[2]. Or le droit des gens romain étant le droit commun à tous les peuples civilisés de l'antiquité est presque toujours conforme au droit naturel, c'est-à-dire à la raison[3], et partant les obligations naturelles sont, elles aussi, basées sur le droit naturel[4], sur la raison ou l'équité[5]. Mais elles ne sont reconnues que d'une manière relative et jouissent seulement d'une efficacité partielle. Comme elles n'ont pas de fondement civil, elles sont dépourvues d'effets civils et notamment d'une action; le

§ 327—(3) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6, § 1. — (4) L. 6, § 1 i. f., cit.
§ 328—(1) I. 3, 13, *de obligat.*, pr. — (2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 84, § 1.
(3) Cf. ci-dessus T. I, § 5, I, 1°. — (4) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 64.
(5) D. 46, 3, *de solut.*, L. 95, § 4; D. 2, 14, *de pact.*, L. 1, pr.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 84, § 1 i. f.

créancier naturel n'a jamais le droit de poursuivre son débiteur en justice pour le contraindre à payer (6); un pareil droit est un effet éminemment civil de l'obligation. Mais, à raison de leur fondement naturel, les obligations naturelles sont susceptibles de produire tous les autres effets de l'obligation (7), car aucun d'eux n'a un caractère civil. Toutefois, l'ensemble de ces effets autres que l'action n'est pas attaché à une obligation naturelle quelconque. Il y a parmi les obligations naturelles des degrés divers de puissance; quelques-unes sont affaiblies et ne donnent lieu qu'à certains de ces effets, à ceux qui sont les moins énergiques; elles seront indiquées dans le paragraphe suivant. Il va d'ailleurs de soi que l'on ne peut admettre comme obligations naturelles tous les rapports de droit naturel, mais seulement ceux qui ont obtenu du droit positif la reconnaissance relative prémentionnée. Il suit de là que l'obligation naturelle n'a rien de commun avec le simple devoir moral; celui-ci n'est pas du tout reconnu par le droit et est sans effet juridique. L'obligation naturelle est aussi distincte de l'obligation inexistante ou nulle de plein droit et de l'obligation inefficace à raison d'une exception péremptoire dont dispose le débiteur. Ces dernières obligations sont dépourvues de tout effet juridique, du moins dans la réalité des choses (8); ce ne sont pas des obligations véritables (9). Voyons maintenant quels sont les différents effets possibles de l'obligation naturelle.

1° Avant tout, elle peut produire une exception (10); c'est pourquoi on l'a définie une obligation productive d'une exception, mais non d'une action (11). Grâce à cette exception, lorsque le créancier naturel devient de son côté débiteur civil de la même personne, et qu'il est poursuivi en la dernière qualité, il a la faculté d'opposer en compensation sa créance naturelle (12). Le créancier naturel

(6) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 4 i. f.; THÉOPHILE, *Paraphrase des* I. 3, 20, *de fidejuss.*, § 1.

(7) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 4 i. f.; D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 16, § 3-4.

(8) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 3. — (9) D. 40, 12, *de lib. causa*, L. 20, § 3.

(10) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 4 i. f.

(11) D. 46, 3, *de solut.*, L. 94, § 3, v[is] speciem obligationis, quae habuit auxilium exceptionis. — (12) D. 16, 2, *de compens.*, L. 6.

jouit aussi d'un droit de rétention sur la chose de son débiteur, s'il existe un rapport de connexité entre cette chose et sa créance naturelle (13).

2° Le débiteur naturel qui a exécuté son obligation, fût-ce par erreur, c'est-à-dire dans la croyance qu'il était tenu civilement, ne peut répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé (14) ; car il a payé une chose due, un *debitum*, ce qui exclut la *condictio indebiti* (15).

3° L'obligation naturelle peut être reconnue (16), novée (17), cautionnée (18) ou garantie par une hypothèque (19).

Licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse (D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 16, § 4).

Etiam quod natura debetur, venit in compensationem (D. 16, 2, *de compens.*, L. 6).

Si quod dominus servo debuit, manumisso solvat, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 64).

§ 329. *Des diverses obligations naturelles.*

Conformément au principe général énoncé au paragraphe précédent, les obligations naturelles du droit romain sont :

1° Les obligations naturelles naissant de simples pactes (1). La simple convention des parties n'est civilement obligatoire que dans certains cas déterminés; en dehors de ces cas, la convention comme telle est un simple pacte, dépourvu d'obligation civile (2).

(13) Cf. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 51, et D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 48 initio.
(14) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 51, L. 64.
(15) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 16, § 4 i. f.
(16) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 1, § 7.
(17) D. 46, 2, *de novat.*, L. 1, § 1 initio. — (18) I. 3, 20, *de fidejuss.*, § 1 i. f.
(19) D. 20, 1, *de pignor.*, L. 5, pr. i. f.
(1) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 4 i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L. 5, § 2 initio.
(2) PAUL, II, 14, § 1.

Mais il en résulte au moins une obligation naturelle; car, malgré la règle précitée du droit civil romain, il est conforme à la raison et à la bonne foi que toute convention librement faite lie les contractants (3).

2° Les obligations naturelles des esclaves ou en faveur d'esclaves (4) ou bien entre personnes unies par la puissance paternelle (5). On excluait ici l'obligation civile (6), parce que les esclaves n'étant pas des personnes ne pouvaient être civilement débiteurs ou créanciers (7), et que tous ceux qu'unissait le même lien de puissance paternelle, étant censés ne former qu'une seule personne, ne pouvaient se trouver dans un rapport obligatoire avec eux-mêmes (8). Mais, comme ces motifs étaient de pur droit positif, on admettait l'existence d'une obligation naturelle.

3° Une autre cause fréquente d'obligation naturelle est l'enrichissement injuste aux dépens d'autrui. Toutes les fois que le droit positif refuse de reconnaître une obligation civile et qu'ainsi une personne s'enrichit au détriment d'une autre sans cause légitime, l'équité commande qu'elle ait l'obligation naturelle de restituer ce dont elle s'est enrichie (9). Par application de ce principe, l'enfant sous puissance qui emprunte de l'argent, a l'obligation naturelle de le restituer au prêteur, bien que l'action de celui-ci puisse être repoussée par l'exception du sénatus-consulte Macédonien (10), car l'enfant sous puissance s'enrichit du capital d'autrui. De même, le débiteur de choses fongibles est tenu naturellement d'en payer les intérêts (11); en jouissant gratuitement du capital d'autrui, il s'enrichit des intérêts de ce capital. Ainsi encore une dette prescrite subsiste comme obligation naturelle (12); la prescription enrichit le débiteur aux dépens du

(3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 1, pr. Cf. ci-après § 365. — (4) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 14.

(5) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 38, pr. initio et § 1.

(6) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6. — (7) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 22, pr., L. 107.

(8) C. 6, 26, *de impub. et de al. substit.*, L. 11, § 1 i. f. (L. 11 i. f.), et arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 i. f. — (9) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 206.

(10) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 10. — (11) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, pr. initio.

(12) C. 7, 39, *de præscr. XXX v. XL ann.*, L. 7, § 1, cbn. avec D. 20, 1, *de pignor.*, L. 14, § 1.

créancier. Enfin, le propriétaire d'une chose est tenu naturellement de rembourser les impenses utiles faites à sa chose, jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles lui ont procurée, quoique la loi civile refuse de reconnaître une obligation civile (13). Ces obligations naturelles fondées sur l'enrichissement sont affaiblies. Elles peuvent être reconnues, novées, cautionnées ou garanties par une hypothèque, et le débiteur qui paye, même par erreur, ne peut répéter (14). Mais les effets plus puissants de l'obligation naturelle leur sont refusés; le créancier n'est pas admis à les opposer en compensation (15) et elles ne donnent pas davantage lieu à un droit de rétention (16).

4° C'est avec la même restriction que la femme est obligée naturellement de constituer une dot à son mari, selon sa fortune et les besoins de la famille, afin d'aider le mari à supporter les charges de la vie commune. Elle ne peut répéter la dot payée (17).

5° Si une personne est incapable de promettre sans l'autorisation de son tuteur ou le consentement de son curateur, les conventions qu'elle conclut seule, créent à sa charge une obligation naturelle plus affaiblie encore (18). Cette obligation peut être reconnue, novée, cautionnée (19) ou garantie par une hypothèque, pourvu que ces différents actes aient eux-mêmes été faits d'une manière valable. Mais elle est dépourvue de tous les autres effets des obligations naturelles; l'incapable peut répéter (20) et ne doit subir ni la compensation, ni un droit de rétention.

Ex nudo.. pacto inter cives Romanos actio non nascitur (Paul, II, 14, § 1), sed parit exceptionem (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 4).

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum

(13) D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 23, § 4, L. 48 initio.

(14) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, pr. initio, L. 40, pr.

(15) Cf. D. 16, 2, *de compens.*, L. 14.

(16) Voyez cependant D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 1, v^is Diversum est........ volui. — (17) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 32, § 2.

(18) D. 46, 2, *de novat.*, L. 1, § 1 i. f. — (19) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 127.

(20) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 41.

fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare? (D. *eod.*, L. 1, pr.).

Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 206).

Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, pr.).

Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit : sublata enim falsa opinione[21] relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest (D. *eod.*, L. 32, § 2).

Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fidejussorem dedit,.. esse.. fidejussorem obligatum (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 127).

Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 41).

SECTION V. — DES OBLIGATIONS DE BONNE FOI ET DES OBLIGATIONS DE DROIT STRICT.

§ 330. *Notions et historique.*

1° Les obligations sont de bonne foi ou de droit strict, selon qu'on y suit les principes de l'équité ou les règles rigoureuses du droit[1]. Dans les premiers siècles de Rome, toutes les obligations étaient de droit strict; les obligations de bonne foi n'apparurent que plus tard. A cette division des obligations correspond celle des actions en actions de bonne foi et actions de droit strict. A l'époque des formules, ces deux classes d'actions étaient reconnaissables à la formule. L'*intentio* de la formule d'une action de bonne foi contenait les mots '*ex fide bona*' ou des expressions équivalentes : le juge recevait l'ordre de décider la contestation d'après les règles de la bonne foi[2]. C'est pourquoi le juge

(21) Après la découverte de l'erreur.

(1) Cic., *pro Roscio com.* 4; I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio.

(2) Gaius, IV, 47 initio; I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio.

pouvait tenir compte des exceptions du défendeur alors même qu'elles n'avaient pas été insérées dans la formule, et notamment de l'exception de dol [3]; les mots '*ex fide bona*' l'y autorisaient virtuellement. L'*intentio* de la formule d'une action de droit strict ne renfermait rien de pareil; le magistrat donnait au juge l'ordre absolu de condamner ou d'absoudre le défendeur, suivant que l'action était fondée ou non. Le juge devait apprécier le différend d'après la rigueur du droit et sans avoir égard à l'équité; il ne pouvait prendre en considération que les exceptions dont la formule lui donnait spécialement le pouvoir de s'occuper [4]; dans le cas contraire, il était lié par la conception absolue de la formule.

2° La division dont il s'agit a été maintenue par Justinien, mais son importance a diminué. Plusieurs obligations de droit strict ont disparu [5] ou sont devenues des obligations de bonne foi [6], et comme il n'y a plus de formules, le défendeur à une action de droit strict fait valoir ses exceptions de la même manière qu'à une action de bonne foi [7].

In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat (I. 4, 6, *de action.*, § 30).

Judicium fidei bonae.. continet in se doli mali exceptionem (D. 30, *de leg.* 1°, L. 84, § 5).

§ 331. *Indication des obligations de bonne foi et des obligations de droit strict.*

La plupart des obligations sont de bonne foi [1]. Les principales obligations de droit strict sont celles qui naissent de l'important

§ 330—(3) D. 30, *de leg.* 1°, L. 84, § 5 initio.
(4) I. 4, 6, *de action.*, § 30, v[is] Sed et........ inducebatur. Cf. MAYNZ, II, § 195, 5°.
(5) Cf. ci-après § 360, I, et 364. — (6) § 719, I, 3°, et II, 3°.
(7) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 30 i. f.
§ 331—(1) I. 4, 6, *de action.*, § 28 et 29 initio.

contrat verbal de stipulation (2), du prêt de consommation (3), des pactes légitimes (4) et des quasi-contrats qui obligent à restituer une chose détenue sans cause (5).

§ 332. *Importance de la division.*

1° Lorsqu'il s'agit d'une convention de bonne foi, ses termes doivent s'interpréter, non pas littéralement, mais selon la volonté des parties, et même ils doivent céder devant une volonté contraire dûment établie (1). Dans les conventions de droit strict on se tient rigoureusement aux termes; la volonté des parties n'est pas directement prise en considération (2).

2° Les pactes accessoires ajoutés à un contrat de bonne foi au moment de sa conclusion donnent lieu à l'action naissant de ce contrat, dont ils sont censés faire une partie intégrante (3). Les pactes accessoires ajoutés à un contrat de droit strict ne produisent pas l'action résultant de ce contrat, on les considère comme des conventions distinctes, et, puisque par eux-mêmes ils n'ont pas de force civile, ils sont dépourvus de toute action (4).

3° Dans les obligations de bonne foi, les fruits sont dus par le seul effet de l'obligation (5), et les intérêts du moins à partir de la demeure (6). Dans les obligations de droit strict, les fruits et les intérêts ne sont dus qu'en vertu de la *litis contestatio* (7).

(2) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 2 initio.
(3) Théophile, *Paraphrase des* I. 4, 13, *de except.*, § 3 initio.
§ 331—(4) Arg. D 13, 2, *de condict. ex lege*, L. un. — (5) Arg. D. 12, 4 à 7.
§ 332—(1) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 219.
(2) D. 21, 2, *de evict.*, L. 56, § 2. Cf. ci-dessus T. I, § 83, et ci-après § 382[bis], 2°.
(3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5 initio.
(4) Arg. du même texte. Cf. ci-après § 467, 1°.
(5) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 8 et 15. — (6) D. *eod.*, L. 32, § 2.
(7) D. *eod.*, L. 38, § 7. Cf. ci-dessus T. II, § 303.

SECTION VI. — DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

I. 3, 16, *de duobus reis stipulandi et promittendi.*
D. 45, 2, *de duobus reis constituendis.*
C. 8, 39 (40), *de duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi.*

RIBBENTROP, *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, Gœttingen, 1831.
VON HELMOLT, *Die Correal-Obligationen*, Giessen, 1857.
DEMANGEAT, *Des obligations solidaires en droit romain*, Paris, 1858.
SAMHABER, *Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht*, p. 1-159, Erlangen, 1861.
SIEBENHAAR, *Correalobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem Rechte*, p. 1-134, Leipzig, 1868.

§ 333. *Notion et conditions de la solidarité.*

Il y a solidarité ou corréalité lorsque, dans une seule et même obligation, plusieurs sont débiteurs ou créanciers chacun pour le tout(1). La solidarité peut donc exister du côté des débiteurs (*correi vel duo rei promittendi*) ou du côté des créanciers (*correi vel duo rei stipulandi*)(2), être passive ou active. Son caractère essentiel consiste dans l'unité de l'obligation malgré la pluralité des débiteurs ou des créanciers(3); chacun est débiteur ou créancier pour le tout, doit toute la dette ou a droit à toute la créance(4). C'est là une exception au droit commun. En principe, lorsque plusieurs interviennent, activement ou passivement, dans une obligation, celle-ci se divise; chacun n'est débiteur ou créancier que pour partie; cette division est naturelle et d'ailleurs, dans le doute, on interprète les contrats au profit des débiteurs. Il se forme ainsi plusieurs obligations propres et indépendantes, et dans chacune d'elles il n'y a qu'un débiteur unique et un créancier unique. Si Primus et Secundus promettent ensemble 1000 as, en général chacun en devra seulement 500(5). La solidarité déroge à cette règle. Nonobstant l'intervention de plusieurs débiteurs ou de plusieurs créanciers, elle maintient l'obligation entière sur la tête de chacun, de sorte qu'une seule et même dette est due pour

(1) Cf. I. *h. t.*, pr. — (2) I. et C *h. t.*, rubriques.
(3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 9, pr. initio. — (4) D. *h. t.*, L. 2 initio, L. 3, § 1 initio.
(5) D. *h. t.*, L. 11, § 1-2.

le tout par plusieurs ou à plusieurs. C'est pourquoi la solidarité exige les conditions suivantes :

I. Chacun doit être débiteur ou créancier de la même chose. Pas de solidarité si plusieurs sont débiteurs ou créanciers de choses différentes; cette pluralité de choses entraîne nécessairement une pluralité de dettes, et la solidarité suppose une obligation unique (6). Primus et Secundus ne seront donc pas codébiteurs solidaires si l'un promet 1000 as et l'autre aussi 1000 as, sans ajouter que ce sont les mêmes, car, par cela seul que Primus promet 1000 as en général, il en promet d'autres. Mais rien n'empêche les divers débiteurs ou créanciers de contracter sous des modalités différentes (7); ces modalités ayant un caractère accessoire ne donnent pas lieu à des obligations distinctes.

II. La solidarité ne doit être admise que moyennant une cause spéciale, et celle-ci peut être une convention, une disposition de dernière volonté, un jugement ou bien la loi. Comme la solidarité constitue une exception au droit commun, elle ne se présume point (8).

1° La convention relative à la solidarité peut être expresse ou tacite (9). En ce qui concerne la forme de la convention, il suffit d'un simple pacte lorsque le contrat principal est de bonne foi (10); s'il est de droit strict, il faut recourir à la stipulation (11). En fait, les Romains n'employaient guère que la stipulation, même à l'occasion des contrats de bonne foi (12). Cette forme de contracter se prêtait d'ailleurs facilement à l'établissement tacite de la solidarité. On admettait une solidarité tacite entre débiteurs lorsque le créancier ayant demandé successivement à chacun d'eux s'il promettait telle ou telle chose (la même), les divers débiteurs répondaient, après l'achèvement de toutes les questions, qu'ils le promettaient (*Maevi, spondesne mihi centum aureos dare? — Sei, spondesne mihi eosdem centum aureos dare? — Spondeo. —*

(6) D. *h. t.*, L. 9, § 1 initio. — (7) I. *h. t.*, § 2. — (8) D. *h. t.*, L. 11, § 1-2.
(9) Arg. D. 30, *de leg.*, 1° L. 8, § 1. — (10) D. *h. t.*, L. 9, pr.
(11) Cf. C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 5, pr. (L. 5 initio).
(12) Arg. I. et C. *h. t.*, rubriques.

Spondeo)[13]. De même il y avait solidarité tacite entre créanciers lorsque tous ayant interrogé le débiteur sur la prestation d'une chose (la même), celui-ci répondait affirmativement. (*Spondesne mihi centum aureos dare? — Spondesne mihi eosdem centum aureos dare? — Utrique vestrum dare spondeo*)[14]. Toutes les questions étant ainsi réunies en un seul faisceau, et les réponses également s'il y avait plusieurs promettants, l'ensemble ne formait qu'un seul tout, et l'on en déduisait la volonté des parties de contracter solidairement.

2° La solidarité peut résulter d'une disposition de dernière volonté, en ce qui concerne l'obligation d'acquitter les legs. Le testateur peut obliger solidairement plusieurs personnes au payement d'un legs[15] ou bien léguer solidairement une chose à plusieurs[16], d'une manière expresse ou tacite[17].

3° Un jugement crée la solidarité lorsqu'il condamne solidairement plusieurs personnes aux frais du procès[18].

4° La loi crée la solidarité entre les codélinquants, au point de vue de la réparation du dommage causé par le délit; la partie lésée a le droit de poursuivre l'un d'eux pour le tout en payement des dommages et intérêts, de sorte qu'un seul payement les libère tous[19]. Quant à l'obligation de payer la peine pécuniaire des délits privés, il n'y a point de solidarité. Chaque codélinquant doit une peine distincte, individuellement et pour son compte personnel; il y a pluralité de choses dues et d'obligations; chacun en payant n'éteint que sa dette[19], autant d'incompabilités avec l'obligation solidaire. — Par suite de l'analogie de la solidarité entre codélinquants, si plusieurs personnes tenues en vertu de la même cause commettent une faute commune dans l'exécution de leur obligation, elles sont tenues solidairement des dommages et intérêts; par exemple une chose louée à Primus et à Secundus périt par la faute des deux preneurs[20]; de là aussi la solidarité légale entre plusieurs

(13) I. *h. t.*, pr. i. f. — (14) Pr. initio, cit. — (15) D. 30, *de leg.* 1°, L. 8, § 1.
(16) D. 31, *de leg.* 2°, L. 16. — (17) Textes des notes 15 et 16.
(18) Cf. C. 7, 55, *si plures una sent. condemn. sunt*, L. 1 initio.
(19) C. 4, 8, *de condict. furt.*, L. 1. — (20) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 15.

mandataires (21), mandants (22), tuteurs ou curateurs (23). — Dans un autre ordre d'idées il y a solidarité légale entre le débiteur principal et ses cautions (24), ainsi qu'entre banquiers associés; cette dernière solidarité est à la fois passive (25) et active (26).

Cum tabulis (27) esset comprehensum ' illum et illum centum au- ' reos stipulatos ' neque adjectum ' ita ut duo rei stipulandi essent ', virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur : ' tot aureos recte dari stipulatus est ' Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius ' Dius ', partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent (D. *h. t.*, L. 11, § 1-2).

Hoc est.. duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus (D. *h. t.*, L. 3, § 1).

Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub condicione obligari potest: nec impedimento erit dies aut condicio, quo minus ab eo qui pure obligatus est petatur (I. *h. t.*, § 2).

Si ita scriptum sit : ' Lucius Titius heres meus aut Maevius ' heres meus decem Seio dato ', cum utro velit, Seius aget, ut, si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent (D. 30, *de leg.* 1°, L. 8, § 1).

Praeses provinciae, sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse ac tunc demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, jure proferre sententiam curabit (C. 4, 8, *de condict. furt.*, L. 1).

Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus

(21) D. 17, 1, *mand.*, L. 60, § 2. — (22) D. *eod.*, L. 59, § 3.

(23) C. 5, 52, *de divid. tut.*, L. 2, pr. et § 3 (L. 2); C. 5, 55, *si tutor non gess.*, L. 2.

(24) I. 3, 20, *de fidejuss.*, § 4 initio; D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 16, pr.; C. 8, 40 (41), *de fidejuss.*, L. 23. Cf. ci-dessus T. II, § 315, I et II.

(25) *Rh. ad Herennium* II, 13.

(26) D. 2, 14, *de pact.*, L. 9, pr. initio, L. 27, pr. initio. — (27) Dans un écrit.

filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur... Sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere : quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum (D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 15).

§ 334. *Effets de la solidarité.*

L'obligation solidaire est une obligation unique due pour le tout par plusieurs ou à plusieurs. De là dérivent tous ses effets :

I. Chaque débiteur peut être poursuivi pour le tout (1) et chaque créancier a le droit de poursuivre pour le tout (2). Le créancier qui, en poursuivant un premier débiteur, n'est pas parvenu à en obtenir un payement intégral, est d'ailleurs admis à demander solidairement le surplus à un autre débiteur solidaire; tel est du moins le droit de Justinien (3), car, à l'époque classique, la novation résultant d'une première *litis contestatio* libérait les débiteurs non poursuivis (4). Mais, si l'un des débiteurs ou créanciers décède en laissant plusieurs héritiers, l'obligation solidaire se divise entre les héritiers en proportion de leurs parts héréditaires respectives; il n'existe aucun motif de ne pas appliquer à l'obligation solidaire la règle sur le partage des créances et des dettes héréditaires. Seulement le partage a pour objet la totalité de l'obligation, tandis que, s'il s'agit d'une obligation non solidaire, le partage porte sur une obligation déjà divisée. Primus et Secundus doivent 1000 as; Primus décède en laissant deux héritiers chacun pour moitié. Si la dette est solidaire, chacun des héritiers de Primus devra 500 as; à défaut de solidarité, chacun n'en devra que 250. Le débiteur solidaire actionné pour le tout jouit de deux bénéfices.

1° Il peut, d'après le droit de Justinien, mettre en cause ses codébiteurs solvables, à l'effet de faire diviser la condamnation entre lui et eux, pourvu que la dette ait été contractée dans

(1) D. *h. t.*, L. 3, § 1 initio. — (2) D. 31, *de leg.* 2°, L. 16.
(3) C. 8, 40 (41), *de fidejuss.*, L. 28. — (4) Arg. L. 28 cit.

l'intérêt commun (5). Le bénéfice est donc un bénéfice de division combiné avec la mise en cause des codébiteurs. A la rigueur le débiteur actionné devrait payer le tout, sauf à exercer son recours pour partie contre ses coobligés; grâce à la division, il ne paye que la part qu'il doit supporter dans la dette et évite un recours; tous les droits des intéressés sont réglés en un seul procès (6).

2° Le débiteur solidaire actionné pour le tout dispose encore du bénéfice de cession d'actions, qui garantit son recours contre ses coobligés ou lui procure un pareil recours (7). Le bénéfice suppose que la loi ne refuse pas directement l'action récursoire et, comme le fidéjusseur, le débiteur solidaire principal doit réclamer la cession avant la consommation du payement (8).

II. Si la prescription est interrompue vis-à-vis de l'un des débiteurs solidaires, notamment par la citation en justice, l'interruption nuit à tous les autres (9) et l'interruption de la prescription de la part de l'un des créanciers solidaires profite à tous les autres (9). Tel est du moins le droit de Justinien; on peut l'expliquer comme suit : l'interruption de la prescription vis-à-vis de l'un des débiteurs solidaires ou de la part de l'un des créanciers solidaires sauvegarde la totalité de la créance; or celle-ci étant la même pour tous les débiteurs ou pour tous les créanciers, devait aussi être sauvegardée à l'égard de tous.

III. Dans le cas d'inexécution de l'obligation solidaire par la faute de l'un des débiteurs, il est évident que ce dernier doit les dommages et intérêts solidairement et sans restriction (10). Les codébiteurs non coupables les doivent aussi solidairement; la faute commise ne saurait être pour eux une cause de libération (11). Mais ils ne doivent les dommages et intérêts que jusqu'à concurrence de l'estimation de la dette (12); la faute d'autrui ne peut

(5) Nov. 99, c. 1, pr. et § 1.

(6) Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 4, et WINDSCHEID, II, § 293, et note 10. Cf. MAYNZ, II, § 186, note 19, et § 263, A, 2°, et notes 30-31.

(7) C. 4, 65, *de locat.*, L. 13, § 1 cbn. avec le pr. (L. 13).

(8) D. 46, 3, *de solut.*, L. 76. Cf. ci-dessus T. II, § 315, II, 3°.

(9) C. *h. t.*, L. 4 (5), § 1. — (10) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173, § 2.

(11) D. *h. t.*, L. 18. — (12) Arg. D. 22, 1, *de usur.*, L. 32, § 4.

aggraver leur position; elle a seulement pour conséquence forcée la transformation de la dette primitive en une dette pécuniaire équivalente. — Pour des motifs identiques, si l'un des débiteurs solidaires est constitué en demeure, il répond absolument de son retard coupable (13), donc il est tenu des intérêts moratoires; ses codébiteurs sont obligés comme auparavant (14), ils ne doivent pas payer des intérêts moratoires. Mais, si une peine a été stipulée pour le cas d'inexécution de l'obligation et que l'un des débiteurs vienne à y manquer, la peine est due sans restriction par tous les débiteurs indistinctement (15); car chacun l'a promise pour le cas d'inexécution de l'obligation, donc aussi pour le cas où cette inexécution serait imputable à un codébiteur.

IV. L'extinction de l'obligation solidaire pour l'un des débiteurs ou créanciers profite à tous les autres débiteurs ou nuit à tous les autres créanciers (16); l'obligation étant la même pour tous, du moment qu'elle est éteinte à l'égard de l'un, elle doit aussi l'être à l'égard des autres. Cette règle, comme son motif, suppose que la dette elle-même s'est éteinte, l'extinction doit être objective; c'est ce qui a lieu dans les cas de payement et de novation. Une extinction personnelle à l'un des débiteurs ou créanciers ne produit qu'une libération personnelle, qui ne profite pas aux autres débiteurs et ne nuit pas aux autres créanciers. Tel est le cas où le créancier accorde à l'un des débiteurs une remise personnelle de la dette, en réservant ses droits contre les autres (17). Ces règles seront développées dans la théorie de l'extinction des obligations (18).

Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti (D. *h. t.*, L. 3, § 1).

(13) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173, § 2. — (14) D. 22, 1, *de usur.*, L. 32, § 4.
(15) D. *h. t.*, L. 18.
(16) I. *h. t.*, § 1 i. f. cbn. avec l'initium; D. *h. t.*, L. 2 i. f. cbn. avec l'initium; D. 46, 2, *de novat.*, L. 31, § 1.
(17) D. 2, 14, *de pact.*, L. 25, § 1 cbn. avec le pr.
(18) § 510, 511, II, 513, 2°, 518 et 519, 1°.

Videtur esse humanum semel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita omnes simul compelli ad debitum persolvendum, sive plures sint rei sive unus, sive plures creditores vel non amplius quam unus (C. *h. t.*, L. 4, § 1 (L. 5)).

Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet (D. 22, 1, *de usur.*, L. 32, § 4).

Vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat (I. *h. t.*, § 1).

Personale pactum ad alium non pertinere.. Labeo ait (D. 2, 14, *de pact.*, L. 25, § 1).

§ 335. *Du recours auquel la solidarité donne lieu.*

1° Le débiteur solidaire qui paye le créancier, a un recours contre ses codébiteurs d'abord toutes les fois que la dette leur a profité et dans la mesure du profit qu'ils en ont retiré ; par exemple Primus et Secundus, qui ont emprunté 1000 as avec clause de solidarité, ont partagé les 1000 as entre eux d'une manière égale ou inégale, ou bien Primus a gardé la somme entière, et Secundus a payé le créancier. Il est rationnel qu'entre débiteurs chacun supporte la dette pour l'émolument qu'elle lui a procuré (1). En vertu du principe énoncé, le recours existe surtout entre codébiteurs solidaires associés (2), bien qu'il soit possible dans d'autres circonstances. En second lieu, le débiteur solidaire qui paye le créancier, a un recours contre ses coobligés si la dette solidaire était due à leur faute ; chacun des débiteurs coupables de faute doit supporter la dette pour sa part et portion. Deux tuteurs ou curateurs gèrent mal; celui qui paye le tout dispose d'un recours contre l'autre pour moitié (3). Le bénéfice de cession d'actions crée aussi un recours entre cofidéjusseurs (4). Mais le recours est exclu si l'obligation solidaire est due à un dol commun, par exemple l'un des codélinquants paye pour le tout les dommages

(1) Cf. C. *h. t.*, L. 1 (2). — (2) Arg. D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 3, § 3 i. f.
(3) D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1, § 13. — (4) T. II, § 315, II, 3, et 316, 2°.

et intérêts dus à raison d'un délit; la loi ne reconnaît pas une communauté de dol[5]. — En ce qui concerne les voies de droit récursoires, abstraction faite des actions cédées du créancier[6], ce sont les actions naissant des rapports obligatoires qui existent entre parties[7] ou, à leur défaut, une action *in factum*[7] fondée soit sur le profit que le codébiteur a retiré de la dette, soit sur sa faute.

2° De même, lorsque l'un des créanciers solidaires a reçu le payement intégral de la dette, ses cocréanciers ont un recours contre lui, si la créance devait leur profiter et dans la mesure du profit qu'ils devaient en retirer; par exemple Primus et Secundus ont prêté 1000 as avec clause de solidarité, chacun a fourni une partie de la somme ou bien Primus a fourni le tout, et Secundus a reçu le remboursement[8]. Ici encore le recours a surtout lieu entre créanciers solidaires associés[8] et il s'exerce par les actions naissant des rapports obligatoires qui existent entre parties, ou, à leur défaut, par une action *in factum* fondée sur ce que l'un des créanciers a reçu le payement intégral d'une dette qui devait profiter à d'autres.

Cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae,.. si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter pecuniam mutuam accepisti, non cunctabitur (C. *h. t.*, L. 1 (2)).

Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre ejus utilem actionem tutori adversus contutorem dandam (D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1, § 13).

Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii

(5) D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1, § 14.
(6) C. 4, 65, *de locat.*, L. 13, § 1 cbn. avec le pr. (L. 13).
(7) D. 9, 3, *de his, qui effud.*, L. 1, § 10, L. 2-4.
(8) Arg. D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 62, pr.

delicti poenam subit : quae res indignum eum facit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus : nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio justa damni ex maleficio est (L. 1 cit., § 14).

§ 336. *De la prétendue distinction de la solidarité et de la corréalité.*

D'après la théorie qui domine aujourd'hui parmi les interprètes du droit romain, il existerait une obligation solidaire corréale et une obligation solidaire simple ou sans corréalité; à la dernière espèce appartiendrait surtout l'obligation, pour les codélinquants, de réparer le dommage causé par leur délit. Ce n'est que dans l'obligation solidaire corréale que se rencontrerait l'unité du lien obligatoire. Dans l'obligation solidaire simple il existerait une pluralité de dettes, autant de dettes que de débiteurs ou de créanciers; chacun serait placé dans un rapport obligatoire distinct; seulement toutes ces dettes auraient le même objet et partant seraient éteintes par un payement unique ou par un autre mode d'extinction satisfactoire pour le créancier. Mais, si le créancier n'a pas été satisfait par une cause d'extinction survenue entre lui et l'un des débiteurs solidaires simples, les autres resteraient tenus envers lui. Cette théorie est inadmissible. Si l'obligation dite purement solidaire comprenait plusieurs dettes, le payement de l'une de ces dettes serait impuissant à éteindre les autres, peu importe qu'elles aient le même objet; cette identité d'objet ne justifierait pas leur extinction là où il y aurait diversité de dettes (1).

(1) En notre sens ORTOLAN, III, nos 1822-1823, MAYNZ, II, § 186, Observation, et NAMUR, I, § 214, 4. Contra RIBBENTROP, cité, MOLITOR, cité, T. I, nos 256-257, et T. II, nos 1157 et 1158 initio, DE SAVIGNY, cité, I, § 16, et note c, et § 17-26, DEMANGEAT, cité, p. 11-13, 97-99 et 397-433, VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 1, 2, 3, no 4, p. 73, et *Anm.* 5, p. 97-99, ACCARIAS, II, no 556, et WINDSCHEID, II, § 292 i. f. et 298.

SECTION VII. — DES OBLIGATIONS INDIVISIBLES.

UBBELOHDE, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, Hanovre, 1862.
DANIÉLOPOULO, *Des obligations divisibles et indivisibles en droit romain et en droit français*, p. 1-203, Paris, 1864.
KLEYER, *Des obligations divisibles et indivisibles*, Bruxelles, 1873.

§ 337. *Des causes de l'indivisibilité des obligations.*

L'indivisibilité de l'obligation tient à son objet ou à sa forme.

I. A raison de son objet, l'obligation est indivisible lorsque la prestation due par le débiteur est indivisible, lorsqu'elle n'est pas susceptible d'être partagée en parts et portions de même nature que la prestation entière. D'après cela :

1° Les obligations qui ont pour objet la remise d'une chose corporelle, sont divisibles, même si cette chose n'admet pas de division physique (1), et peu importe qu'il s'agisse d'en transférer la propriété ou bien la simple possession ou détention (2). En effet, toute chose corporelle est divisible intellectuellement; elle peut appartenir à quelqu'un pour une part indivise (3) et l'on peut aussi la posséder ou la détenir pour une semblable part (4). Dès lors, si une chose corporelle forme l'objet d'une obligation à un titre quelconque, il est possible d'en faire la prestation partielle, d'en transférer au créancier la copropriété, la copossession ou la codétention (5).

2° Parmi les obligations qui ont pour objet la constitution d'un droit réel, les unes sont divisibles, les autres indivisibles. Elles sont divisibles s'il s'agit des droits d'usufruit (6), d'emphytéose, de superficie ou d'hypothèque; car tous ces droits (7), y compris

(1) D. 46, 3, *de solut.*, L. 9, § 1 initio.

(2) D. 13, 6, *commod.*, L. 3, § 3 initio; D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 36 initio.

(3) Cf. ci-dessus T. I, § 67, I, 2°. — (4) Cf. ci-dessus T. I, § 149, 1°.

(5) La question est controversée quant à l'*obligatio tradendi*. Voyez en notre sens DE SAVIGNY, cité, T. I, § 32, II, C, et en principe aussi MOLITOR, cité, I, nos 230 i. f., 250, *b* et *c*, et 413 initio. Contra DANIÉLOPOULO, cité, p. 114-137, MAYNZ, T. II, § 192, II initio, et Observation 1, et KLEYER, cité, § 13.

(6) D. 7, 1, *de usu fructu*, L. 5 i. f. — (7) L. 5 initio, cit.

l'hypothèque(8), sont susceptibles d'être constitués sur une partie divise ou indivise d'une chose; l'indivisibilité de l'hypothèque concerne seulement son exercice, dans le sens qui a été indiqué(9). Mais les obligations qui tendent à l'établissement de servitudes autres que l'usufruit, sont indivisibles(10), car leur constitution partielle est une impossibilité(11). Aussi cette indivisibilité de l'obligation est-elle essentielle; les parties ne peuvent y déroger.

3° Quant aux obligations qui ont pour objet des faits positifs ou négatifs de l'homme, elles sont généralement indivisibles comme ces faits eux-mêmes(12). Telles sont les obligations de construire une maison(12) ou de ne pas troubler un voisin dans l'exercice d'une servitude prédiale(13). Mais la règle cesse avec son motif si l'obligation porte sur un fait positif ou négatif divisible, par exemple sur la prestation de dix journées d'ouvrier(14) ou sur la non-revendication d'une chose(15). Nous nous référons pour le surplus à ce qui a été dit de l'indivisibilité des faits dans la partie générale du Cours(16).

II. Une obligation qui, d'après les règles précédentes, est divisible à raison de son objet, et notamment une obligation de choses corporelles, devient indivisible à raison de sa forme lorsqu'elle porte sur plusieurs choses dues alternativement ou bien sur un genre proprement dit. Dans ce cas, elle est indivisible quant au payement. En effet, si un payement partiel était possible, le débiteur qui aurait payé une partie d'une chose déterminée, ne devrait plus que la partie restante de la dette et il pourrait se libérer de cette partie en choisissant une autre chose et en la payant partiellement. Le créancier aurait obtenu des parties de différentes choses, contrairement à la règle de l'indivisibilité du choix(17). On évite ce résultat par l'indivisibilité du

(8) C. 8, 20 (21), *si comm. res pignor. sit*, L. un. — (9) T. I, § 260.
(10) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72, pr. initio.
(11) Fragment de Pomponius. Cf. ci-dessus T. I, § 225, 1°.
(12) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72, pr., v[is] Idem puto...... corrumpit stipulationem.
(13) D. *eod.*, L. 85, § 3. — (14) D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 15, § 1.
(15) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 4, § 1, v[is] *at si de eo*........ — (16) T. 1, § 67, I, 1°.
(17) T. II, § 324, 3° i. f., et 326, 2°.

payement : le créancier eût-il plusieurs débiteurs, n'est pas tenu d'accepter une partie d'une chose [18] et s'il l'accepte, il n'en reste pas moins créancier pour le tout, sauf à tenir compte de la prestation déjà effectuée [19]. Par contre, les obligations d'un corps certain ou d'une quantité de choses fongibles sont divisibles même quant au payement, car les payements partiels procurent nécessairement au créancier le corps certain ou la quantité de choses fongibles à laquelle il a droit [20].

Qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur (D. 46, 3, *de solut.*, L. 9, § 1).

Reo quoque promittendi defuncto in partes hereditarias usus fructus obligatio dividitur (D. 7, 1, *de usu fructu,* L. 5).

Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta.. fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile : horum enim divisio corrumpit stipulationem (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72, pr.).

§ 338. *Importance de l'indivisibilité des obligations.*

L'indivisibilité de l'obligation à raison de son objet est absolue : elle concerne à la fois la promesse, la poursuite et le payement de la dette. L'indivisibilité de l'obligation à raison de sa forme est simplement relative au payement ; la promesse et la poursuite de la dette restent divisibles. — L'intérêt de l'indivisibilité de l'obligation est peu marqué, s'il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier ; car, même dans le cas où la dette est divisible, le créancier n'est pas tenu d'accepter un payement partiel [1]. Toutefois il est en son pouvoir de l'accepter, si la dette est divisible ;

(18) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85, § 4.
(19) D. 46, 3, *de solut.*, L. 34, § 1 et 10. — (20) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85, § 1.
(1) Cf. ci-dessus T. II, § 288, 2°.

la promesse et la poursuite d'une pareille dette peuvent aussi se faire pour partie. Cette division de la promesse, de la poursuite et du payement ne se conçoivent pas s'il s'agit d'une obligation absolument indivisible, telle que l'obligation de constituer une servitude prédiale; les parties ne peuvent convenir du contraire (2). S'il s'agit d'une obligation simplement indivisible quant au payement, le créancier est sans doute libre d'accepter une partie de la chose due. Mais même dans ce cas il n'y a pas de payement partiel; la dette subsiste pour le tout, le débiteur continue de devoir soit plusieurs choses alternativement (3), soit une chose entière *in genere* (4), sauf que le créancier n'a droit qu'à une seule chose (5). — Par contre, l'indivisibilité de l'obligation acquiert une grande importance s'il y a plusieurs débiteurs ou créanciers, soit dès l'origine, soit par l'effet de la succession héréditaire. A la vérité, chacun n'est débiteur ou créancier que pour partie, car l'obligation est non solidaire. Seulement ce principe est en conflit avec un obstacle matériel; à raison de son objet ou de sa forme, la dette ne peut pas se partager ou du moins le payement est indivisible. De là deux principes fondamentaux. Partout où se rencontre l'obstacle de l'indivisibilité, chacun des débiteurs ou créanciers doit être traité comme débiteur ou créancier pour le tout. Mais là où l'obstacle de l'indivisibilité n'apparaît point, le partage de la dette reprend son empire; chacun n'est débiteur ou créancier que pour partie. C'est en appliquant d'après les circonstances l'un ou l'autre de ces principes que l'on détermine les effets d'une obligation indivisible due par plusieurs ou à plusieurs.

I. En ce qui concerne d'abord la poursuite, chaque débiteur peut être poursuivi et chaque créancier peut poursuivre pour le tout (6); le défendeur est aussi condamné et doit payer pour le tout (7). A ces différents points de vue, on rencontre l'obstacle de

(2) D. 8, 1, *de servit.*, L. 17 initio. Nous supposons que l'indivisibilité est essentielle; si elle est seulement naturelle, les parties peuvent évidemment y déroger.

(3) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 13 initio.

(4) D. 46, 3, *de solut.*, L. 9, § 1 i. f.

(5) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 13 i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L. 9, § 1 i. f.

(6) D. 8, 1, *de servit.*, L. 17 i. f. — (7) D. 32, *de leg.* 3°, L. 11, § 23-24.

l'indivisibilité. Mais, comme le débiteur actionné ne doit en définitive qu'une partie de la dette, il a le droit de mettre ses codébiteurs en cause[8]. Chacun de ceux-ci sera condamné pour le tout à côté du défendeur originaire; le créancier pourra faire exécuter le jugement pour le tout contre l'un ou l'autre ou bien contre tous conjointement[9]; de cette manière les débiteurs seront souvent amenés en fait à exécuter l'obligation en commun[10]. — On suit une règle différente si l'obligation est simplement indivisible quant au payement : ici la poursuite et la condamnation se divisent entre les cointéressés. Mais le payement doit se faire pour le tout; le créancier peut refuser une partie de la chose due[11]; même s'il l'accepte, il reste créancier de la totalité, sauf à tenir compte de la prestation déjà effectuée[12]. — Au reste, si l'un des débiteurs ou créanciers décède en laissant plusieurs héritiers, chacun de ceux-ci peut encore être poursuivi ou peut poursuivre pour le tout. Le motif de l'indivisibilité subsiste pour les héritiers; l'objet ou la forme de l'obligation s'oppose à sa division.

II. L'interruption de la prescription d'une obligation indivisible vis-à-vis d'un seul débiteur ou de la part d'un seul créancier nuit à tous les autres débiteurs ou profite à tous les autres créanciers. A raison de l'obstacle de l'indivisibilité, l'interruption a porté sur l'obligation entière et dès lors elle doit opérer à l'égard de tous ceux qui y interviennent.

III. Lorsque l'obligation indivisible se résout en dommages et intérêts ou bien qu'une peine est encourue, il faut distinguer plusieurs hypothèses.

1° Au moment où il a été manqué à l'obligation, celle-ci ne comprenait encore qu'un seul débiteur et un seul créancier; plus tard ce débiteur ou ce créancier est venu à décéder en laissant plusieurs héritiers. Ici pas de difficulté. Les dommages et intérêts, comme la peine, sont seulement dus par chaque héritier du débiteur

(8) Arg. des mêmes textes. — (9) Kleyer, cité, § 18, p. 75-76.

(10) Pour le cas où le défendeur originaire l'exécuterait seul, il peut faire condamner d'avance ses codébiteurs envers lui, de façon à éviter un nouveau procès.

(11) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85, § 4. — (12) D. 46, 3, *de solut.*, L. 34, § 1 et 10.

ou à chaque héritier du créancier en proportion de sa part héréditaire[13]. En effet, ils ont été encourus pour le tout vis-à-vis du *de cujus*; au décès de celui-ci, l'obligation de les payer est devenue une obligation héréditaire, et, comme elle est divisible, puisqu'elle porte sur de l'argent ou sur un corps certain, elle se partage activement ou passivement entre les héritiers en proportion de leurs parts respectives dans la succession.

2° Au moment où il a été contrevenu à l'obligation, il y avait déjà plusieurs débiteurs. Dans ce cas encore, en général, les dommages et intérêts, comme la peine, sont seulement dus par chaque débiteur pour sa part individuelle ou héréditaire[14], car l'obligation de les payer est divisible; la dette s'est transformée avec son objet. La règle énoncée souffre exception pour les obligations de ne pas faire et pour celles qui tendent à la constitution d'une servitude indivisible. Si une obligation consiste à ne pas faire, par exemple si quelqu'un s'est engagé à ne pas troubler son voisin dans l'exercice d'une servitude et que l'un de ses héritiers trouble le voisin, les dommages et intérêts ou la peine se divise seulement quant aux cohéritiers; l'héritier auteur du trouble en est tenu pour le tout. En effet, c'est uniquement à cause de lui que les dommages et intérêts ou la peine a été encourue; il est rationnel qu'il supporte toutes les conséquences de sa faute. D'un autre côté, lorsqu'il s'agit de l'obligation de constituer une servitude indivisible, les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de cette obligation peuvent être poursuivis pour le tout contre chaque débiteur[15]. Le droit romain s'en tenait ici à la rigueur du principe de l'indivisibilité; après comme avant l'inexécution de l'obligation, chacun devait la totalité de la servitude; les dommages et intérêts étaient dus pour le tout par chaque débiteur en vertu d'une véritable solidarité légale. On se relâchait de cette rigueur à l'occasion des obligations de faire ou de ne pas faire, parce qu'elles ont moins pour objet le fait

(13) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72, pr., v^is Celsus tamen.........
(14) D. *eod.*, L. 2, § 5, L. 3, § 1 i. f., L. 4, § 1 initio.
(15) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 10.

positif ou négatif de l'homme qu'une somme d'argent; c'est seulement à ce dernier point de vue qu'elles sont susceptibles d'exécution forcée.

3° Au moment où il a été manqué à l'obligation, celle-ci comprenait déjà plusieurs créanciers. Alors les dommages et intérêts ainsi que la peine, à raison de leur divisibilité, sont dus à chacun des créanciers pour sa part individuelle ou héréditaire. Nous supposons que le débiteur a contrevenu à l'obligation vis-à-vis de tous; s'il n'y avait manqué qu'à l'égard d'un seul, si par exemple il s'était borné à troubler dans l'exercice d'une servitude l'un des héritiers du stipulant, les autres n'auraient droit à rien, faute d'intérêt (16).

IV. Quant à l'extinction de l'obligation indivisible entre l'un des débiteurs et le créancier commun ou bien entre l'un des créanciers et le débiteur commun, deux cas doivent être séparés.

1° Si, par suite de l'extinction de l'obligation entre l'un des débiteurs et le créancier commun, celui-ci a été satisfait, et surtout s'il a été payé, tous les débiteurs sont libérés (17). De même, si la cause d'extinction survenue entre l'un des créanciers et le débiteur commun a profité aux autres créanciers, le débiteur est libéré à l'égard de tous. Tel est le cas où il a payé de bonne foi l'un des créanciers (18) ; ce payement profite aussi aux autres, puisqu'ils jouissent d'un recours contre le créancier payé.

2° En dehors de ces cas, et notamment s'il y a remise de dette au profit de l'un des débiteurs ou de la part de l'un des créanciers, la cause d'extinction de l'obligation n'opère que d'une manière personnelle; les autres débiteurs demeurent tenus et les autres créanciers conservent leur action. En effet, chacun étant seulement débiteur ou créancier pour partie, se trouvait placé dans une obligation propre et distincte; dès lors l'extinction de l'une de ces obligations ne peut entraîner l'extinction des autres. Par suite de l'indivisibilité de la dette, l'action en payement subsiste même

(16) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2, § 6, L. 3, pr. et § 1 initio.
(17) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 81, § 1.
(18) L. 81, § 1, cit. Cf. ci-après § 339, 2°.

pour le tout. Seulement le débiteur non libéré qui paye le tout, peut exiger du créancier l'estimation de la part du débiteur libéré, car cette part lui est payée indûment. De même, le débiteur libéré vis-à-vis de l'un de ses créanciers seulement peut, en payant l'autre, réclamer l'estimation de la portion du premier.

Qui.. hominem (19) debet, partem Stichi dando nihilo minus hominem debere non desinit : denique homo adhuc ab eo peti potest. Sed si debitor reliquam partem Stichi solverit,.. liberatur (D. 46, 3, *de solut.*, L. 9, § 1).

Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est : et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt : et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est (D. 8, 1, *de servit.*, L. 17).

Celsus.. libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem (D. 45, 1. *de V. O.*, L. 72, pr.)

Ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cujus nihil interest... Ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes : interest enim prohibiti a nemine prohiberi (D. *eod.*, L. 3, § 1).

§ 339. *Du recours auquel donne lieu l'obligation indivisible.*

1° Le débiteur qui paye pour le tout la dette indivisible, a indistinctement un recours contre ses coobligés. En effet, chacun n'étant débiteur que pour partie, celui qui exécute l'obligation entière, paye à la fois sa dette et celle de ses coobligés ; à ce dernier point de vue, il gère leur affaire et a contre eux l'action contraire de gestion d'affaires (1).

2° De même, si l'un des créanciers reçoit le payement intégral

(19) Un esclave en général.

§ 339 – (1) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 30 (31), § 7.

de la dette indivisible, ses cocréanciers ont d'une manière absolue un recours contre lui. En réalité il était seulement créancier pour partie ; il a donc reçu, outre sa créance, celle de ses cointéressés ; cet enrichissement le soumet à une *condictio sine causa* (2).

§ 340. *Différences entre la solidarité et l'indivisibilité des obligations.*

La solidarité tient à la nature de la dette, c'est-à-dire que chacun des débiteurs ou créanciers solidaires est vraiment débiteur ou créancier pour le tout. L'indivisibilité tient seulement à l'objet ou à la forme de l'obligation ; chacun n'est en réalité débiteur ou créancier que pour partie. Mais la division de la dette est impossible à raison d'un obstacle matériel résultant de l'objet ou de la forme du rapport obligatoire ; partout où se rencontre cet obstacle, chacun des débiteurs ou créanciers doit être traité comme débiteur ou créancier pour le tout. Ainsi s'expliquent toutes les différences particulières entre les deux théories. A la différence de l'obligation indivisible (1), l'obligation solidaire se divise entre les héritiers des parties (2). Dans la première, le recours entre débiteurs ou créanciers est de droit (3) ; dans la seconde, il dépend des circonstances (4), etc. (5).

SECTION VIII. — DES DETTES D'ARGENT ; § 341.

1° Le débiteur d'une somme d'argent doit payer en espèces ayant cours à l'époque (1) et au lieu (2) du payement.

2° Il doit payer la somme numérique qui fait l'objet de son obligation, d'après la valeur nominale des espèces lors du payement ; la valeur intrinsèque ou métallique des espèces n'est pas prise en considération (3). Par conséquent si, depuis le contrat,

§ 339—(2) Cf. ci-après § 480, II, 3°.

§ 340—(1) § 338, I i. f. — (2) § 334, I. — (3) § 339. — (4) § 335.

(5) § 334, I, 1°, et 338, I ; § 334, III, et 338, III ; § 334, IV, et 338, IV.

§ 341—(1) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 24, § 1.

(2) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 102, pr. — (3) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 1, pr. i. f.

la valeur nominale a changé, la hausse profitera au débiteur et la baisse lui nuira; la hausse réduira et la baisse élèvera le nombre des pièces de monnaie qu'il devra payer. On admet que l'objet de la dette d'argent est une somme d'argent plutôt qu'une valeur déterminée (3).

Electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 1, pr.).

SECTION IX. — DE L'OBLIGATION DE RÉPARER UN DOMMAGE; § 342.

COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht*, Leipzig, 1865.

L'obligation de réparer un dommage peut résulter d'une convention, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi. Mais les causes principales de cette obligation sont l'inexécution coupable d'une obligation préexistante et l'acte illicite commis en dehors d'une obligation antérieure; les règles relatives au premier cas ont déjà été exposées (1), celles qui concernent le second le seront ultérieurement (2).

SECTION X. — DE L'OBLIGATION DE PAYER DES INTÉRÊTS.

D. 22, 1, *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.*
C. 4, 32, *de usuris.*

§ 343. *Notions générales.*

On entend par intérêts (*usurae*, de *usus*, usage) la valeur que présente l'usage d'une quantité de choses fongibles (1); cette dernière quantité prend le nom de capital (*sors*); les intérêts consistent en un tantième pour cent du capital. La dette d'intérêts forme l'accessoire de l'obligation de payer le capital (2) et partant elle est

§ 342—(1) T. II, § 298. — (2) § 490-492.
§ 343—(1) ISIDORE, *Origines* V, 25, § 16. — (2) C. 4, 28, *ad sctum Maced.*, L 3 initio.

nulle si cette dernière obligation est nulle(3) ; l'accessoire suit la condition du principal.

§ 344. *Des causes de l'obligation de payer des intérêts.*

Les causes de l'obligation de payer des intérêts sont :

1° La convention ou le quasi-contrat, et alors les intérêts sont appelés volontaires ; les Romains avaient l'habitude de les stipuler par mois, du moins à partir de la fin de la république. Les intérêts volontaires ne peuvent dépasser le taux déterminé par la loi (*usurae legitimae*)(1) ; après de nombreuses variations, Justinien le fixa en général à 6 °/ₒ par an(2). Si des intérêts supérieurs ont été stipulés, ils sont réduits au taux légal; pour l'excédent, la convention est nulle comme convention usuraire(3) et ne produit aucun effet(4), pas même une obligation naturelle(5). Ajoutée à un contrat de bonne foi, la convention d'intérêts peut être un simple pacte(6) ; ajoutée à un contrat de droit strict, elle exige la forme de la stipulation(7).

2° La loi. Les intérêts légaux sont dus dans des circonstances nombreuses. Tels sont les intérêts moratoires(8). De même tout administrateur des biens d'autrui (mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires) doit les intérêts des fonds de son principal, lorsqu'il les applique à son usage personnel(9), lorsqu'il les laisse improductifs(10) ou néglige de les faire rentrer(11), et réciproquement il peut réclamer les intérêts de ses débours légitimes(12). En règle générale, le taux de l'intérêt légal est celui qui résulte de l'usage des lieux(13) ; on considère que si le créancier avait eu les fonds

§ 343—(3) Arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 2.

§ 344—(1) C. *h. t.*, L. 15. — (2) C. *h. t.*, L. 26, § 2 i. f. (§ 1), cf. le surplus du § 2 (§ 1 initio).

(3) D. *h. t.*, L. 29. — (4) C. *h. t.*, L. 26, § 4 initio (§ 1).

(5) Arg. du même texte. — (6) D. 16, 3, *depos.*, L. 26, § 1.

(7) C. *h. t.*, L. 3 initio. — (8) Cf. ci-dessus T. II, § 303, 2°.

(9) D. 17, 1, *mand.*, L. 10, § 3 i. f. — (10) D. *eod.*, L. 12, § 10.

(11) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 15.

(12) D. 17, 1, *mand.*, L. 12, § 9, v^is Nec tantum.........

(13) D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 37 i. f.; D. 17, 1, *mand.*, L. 10, § 3 i. f.; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7, § 10 i. f.

à sa disposition, il en aurait retiré les intérêts usuels dans la localité. Mais en aucun cas le créancier ne peut obtenir plus de 6 °/₀ (14); il est défendu de stipuler des intérêts supérieurs et on ne saurait avoir égard à un usage local qui déroge à une loi générale (15). Les intérêts légaux présentent cette particularité qu'ils forment une simple dépendance de l'action servant à poursuivre le principal; cette action étant éteinte, le créancier perd le droit de réclamer les intérêts légaux. Il doit donc avoir soin de les comprendre dans la poursuite du capital et de ne pas accepter le payement de celui-ci sans les intérêts légaux (16). On exprime cette différence entre les intérêts volontaires et les intérêts légaux, en disant des premiers qu'ils sont *in obligatione,* ils donnent lieu à une obligation indépendante; les seconds *officio judicis continentur*, ils sont de l'office du juge du principal (17).

Jubemus.. homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari... Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur (C. *h. t.*, L. 26, § 2 et 4 (L. 26, § 1)).

Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat (D. *h. t.*, L. 1, pr.).

Si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri : non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei judicatae exceptione repellitur (C. 4, 34, *depos.*, L. 4).

Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 49, § 1).

(14) D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.
(15) C. 8, 52 (53), *quae sit longa consuet.*, L. 2. Cf. ci-dessus T. I, § 3, II.
(16) C. 4, 34, *depos.*, L. 4; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 49, § 1.
(17) L. 49, § 1 i. f., cit.

§ 345. *Des restrictions apportées aux dettes d'intérêts.*

Abstraction faite de la limitation des intérêts volontaires à un maximum de 6 °/₀[1], les dettes d'intérêts subissent encore d'autres restrictions.

1° L'anatocisme (de *ἀνὰ* réduplicatif, et *τόκος*, intérêts) est défendu; les intérêts ne peuvent, à leur tour, produire des intérêts[2]. Même les intérêts échus ne peuvent produire des intérêts[3]. Cette prohibition se fonde sur un motif d'humanité; les intérêts composés sont ruineux pour le débiteur; beaucoup de personnes l'ignorent et, sans la défense de l'anatocisme, pourraient être ruinés à leur insu.

2° Lorsque le total des intérêts *arriérés* atteint le montant du capital, le cours ultérieur des intérêts est suspendu; le créancier ne peut jamais réclamer en capital et intérêts arriérés au delà du double du capital (*ultra alterum tantum*)[4]. C'est encore une disposition d'équité. Le créancier pourrait ruiner le débiteur en s'abstenant de lui réclamer régulièrement les intérêts, pour lui demander en une fois une somme qui dépasse ses ressources.

Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 1).

Definimus nullo modo licere cuidam usuras praeteriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari (C. *h. t.*, L. 28, § 1 (L. 28)).

(1) Cf. le n° 1 du paragraphe précédent.
(2) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 1. — (3) C. *h. t.*, L. 28.
(4) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 1.

SECTION XI. — DES OBLIGATIONS PRIVILÉGIÉES.

D. 42, 5, *de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis.*

§ 346. *Notions générales.*

Les obligations privilégiées dont il s'agit ici, sont des dettes chirographaires qui doivent être payées avant les autres dettes chirographaires (1). Les créanciers chirographaires privilégiés sont primés par les créanciers hypothécaires (2), mais ils l'emportent sur les créanciers chirographaires simples. Tout autre est le privilège attaché à certaines hypothèques (3) ; le premier rang appartient aux créanciers hypothécaires privilégiés, le second aux créanciers hypothécaires simples, le troisième seulement aux créanciers chirographaires privilégiés, le quatrième aux créanciers chirographaires simples. Pour séparer notre privilège de celui de l'hypothèque privilégiée, on l'appelle privilège de payement, *privilegium exigendi* (4). Plusieurs privilèges de payement de l'époque classique ont, en droit nouveau, été élevés au rang d'hypothèques privilégiées ou simples.

§ 347. *Indication de quelques obligations privilégiées.*

Sont privilégiées les créances des frais funéraires (1), les créances des villes (2) et celles des incapables contre leur curateur du chef de sa gestion lorsqu'il n'existe pas d'hypothèque légale (3), etc.

Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur (Paul, I, 21, § 15).

§ 346—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 38, § 1. — (2) C. 8, 17 (18), *qui potiores*, L. 9. (3) Cf. ci-dessus T. I, § 272, I i. f. et II i. f. — (4) D. *h. t.*, L. 24, § 1.

§ 347—(1) Paul, I, 21, § 15. — (2) D. *h. t.*, L. 38, § I. (3) D. *h. t.*, L. 19, § 1 i. f., L. 20, L. 21, L. 22, pr. Cf. ci-dessus T. I, § 267, II, 1°.

CHAPITRE III. — DE LA CESSION DES CRÉANCES.

D. 18, 4, et C. 4, 39, *de hereditate vel actione vendita.*

MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald, 1836, 3me édition.

WORMS, *De la cession des créances en droit romain, et de l'endossement en droit français*, p. 3-57, Paris, 1863.

SCHMID (Albert), *Die Grundlehren der Cession, nach römischem Recht dargestellt*, 2 vol., Brunswick, 1863-1866.

GIDE (P.), *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, p. 231-376, Paris, 1879.

SECTION I. — NOTION ET CONDITIONS.

§ 348. *Notion de la cession.*

1° D'après nous, la cession des créances n'est autre chose qu'une aliénation de la créance. La créance cédée est transférée au cessionnaire (1); celui-ci devient créancier en nom propre, au lieu et place du cédant, et avec le droit de créance il acquiert aussi des actions en nom propre (2). En effet, l'obligation n'est nullement personnelle du côté du créancier; elle n'est pas attachée à un créancier déterminé; elle reste la même, que le créancier soit A, B ou C. Sans doute, le cessionnaire a contre le débiteur seulement les droits du cédant; mais cette règle est l'application du principe général d'après lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Tel est du moins le système de la législation de Justinien. Anciennement, le créancier ne pouvait aliéner que l'exercice de son droit de créance et non son droit lui-même. Il nommait le cessionnaire son mandataire, *procurator*, à l'effet de poursuivre le débiteur en justice, *ad litem*, mais de telle sorte que le mandataire pouvait garder pour lui le produit de la poursuite, *in rem suam* (3). On désignait ce mandat par les

(1) D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 66 (64), pr., vis obligatio translata; C. 4, 35, *mand.*, L. 23, pr., vis partem.. debiti.. transferant in alium creditores.. cedere.. transferre. — (2) C. 6, 37, *de leg.*, L. 18; C. 4, 15, *quando fiscus v. priv.*, L. 5.
(3) C. 5, 58, *de contr. judic.*, L. 1 i. f.

expressions de *mandare*(4), *praestare*(5) ou *cedere*(6) *actionem;* la dernière a donné lieu à l'expression moderne de cession de créance. Le mandataire dont il s'agit se bornait à exercer le droit du cédant; il intentait l'action au nom de ce dernier(7). Mais, sous Justinien, le cessionnaire n'a plus besoin en général d'un mandat *ad litem* pour pouvoir actionner le débiteur; il a la faculté de le poursuivre sur le seul fondement de la juste cause de cession (vente, donation, etc.) et en nom propre, *suo nomine*(8), donc comme créancier personnel du débiteur cédé. L'action ainsi ouverte de plein droit au cessionnaire est fondée sur la fiction d'un mandat *ad litem*, sur une cession fictive de l'action du cédant; c'est une action utile fictice, *quasi ex jure cesso*(9). On ne peut conclure de là que le droit de créance serait inaliénable; car, si le cessionnaire agit comme mandataire fictif du cédant, il ne le fait point comme un mandataire ordinaire, mais en nom propre; or, s'il poursuit en nom propre, c'est que la créance a été aliénée à son profit(10). La doctrine dominante se prononce en sens contraire; elle admet seulement une aliénation de l'exercice du droit de créance; malgré la cession, le cédant resterait créancier, tout comme l'usufruitier conserve cette qualité après avoir aliéné l'exercice de son droit d'usufruit(10).

2° La cession peut avoir pour objet soit des créances proprement dites et les actions personnelles qui en dérivent, soit des actions réelles; celles-ci sont aussi des créances(11).

(4) D. 46, 3, *de solut.*, L. 76 i. f. — (5) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 31, pr.

(6) D. 46, 3, *de solut.*, L. 76 initio; D. 43, 18, *de superf.*, L. 1, § 1.

(7) Gaius, II, 39, et IV, 86. — (8) Textes de la note 2.

(9) Cf. les textes de la note 2.

(10) L'action utile est le plus souvent refusée aux personnes qui jouissent du bénéfice de cession d'actions (D. 46, 3, *de solut.*, L. 76; cf. D. 30, *de leg.* 1°, L. 57 i. f.); ces personnes ne peuvent donc agir qu'en vertu d'un mandat *ad litem* réellement donné et par une action directe, exercée *nomine alieno*. Mais on ne peut fonder sur cette disposition exceptionnelle le principe général d'une inaliénabilité du droit de créance.

(11) Voyez en notre sens Rudorff, *Zu Puchta's Pandekten*, § 280, note a, Gide, cité, p. 231-376, et Eisele, *Die actio utilis des Cessionars*, Fribourg en Brisgau, 1887. Contra Mühlenbruch, cité, § 18, p. 223-224, de Savigny, *System* III, § 105,

3° Avec la cession d'une créance l'on ne doit pas confondre la novation par laquelle on substitue un nouveau créancier à l'ancien. La cession ne fait que transférer au cessionnaire la créance existante; c'est pourquoi elle peut avoir lieu sans le consentement et malgré l'opposition du débiteur (12). La novation substitue une obligation nouvelle à l'ancienne; elle éteint l'obligation préexistante et en crée une autre; or cette nouvelle obligation exige le consentement du débiteur (13).

Ex legato nominis, actionibus ab his qui successerunt non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur (C. 6, 37, *de leg.*, L. 18).

Delegatio debiti (14) nisi consentiente et stipulanti promittente debitore jure perfici non potest : nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet (C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 1).

§ 349. *Conditions de la cession.*

La cession des créances exige les conditions suivantes :

I. Le cédant doit avoir dans son patrimoine la créance qu'il s'agit de céder et être capable d'aliéner; car la cession de la créance implique une aliénation.

II. La créance doit être cessible. Certaines créances sont incessibles. A cette catégorie appartiennent avant tout les actions qui ont donné lieu à une *litis contestatio* (1). Céder une pareille action, c'est trafiquer d'un procès; ce trafic tend à prolonger les procès, en les faisant soutenir par quelqu'un qui se rend cessionnaire dans le but de plaider, ce qui est contraire à l'intérêt général. Parmi les

3°, et note f, PUCHTA, *Instit.* II, § 267, p. 332, *Pand.*, § 280, et *Vorles.* II, § 280, MOLITOR, cité, II, n° 1184, et WORMS, cité, p. 14-15.

Cf. SCHMID, cité, T. II, § 18, cbn. avec T. I, § 3, et MAYNZ, II, § 187-189.

(12) Cf. ci-dessus T. 1, § 96, 1°. — (13) C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 1.

(14) La délégation du débiteur à un tiers *animo novandi.*

(1) C. 8, 36 (37), *de litig.*, L. 2.

actions non encore arrivées à la *litis contestatio* sont incessibles :

1° Les actions qui résultent de droits attachés à la personnalité ; en effet, ces droits sont de telle nature qu'ils ne peuvent être exercés que par la personne à laquelle ils appartiennent ; or la cession de l'action violerait cette nature.

2° Les actions publiques, par lesquelles tout citoyen pouvait se porter accusateur d'un crime (2), et les actions populaires ou les actions qui, étant censées intéresser la société entière, appartenaient à tous les citoyens (3), par exemple l'action *de sepulcro violato* (4). La raison de cette incessibilité est que, avant d'être contestées, les actions dont il s'agit ne font pas partie du patrimoine d'un citoyen déterminé ; elles sont dans le patrimoine du peuple entier (5).

3° Les actions qui tendent à une réparation morale plutôt que pécuniaire, *actiones vindictam spirantes** (6) ; telle est l'action d'injures (7). Une réparation morale peut seulement être poursuivie par celui dans l'intérêt de qui elle a été établie ; un tiers est sans qualité pour la réclamer.

4° Les créances qui ont pour objet une prestation pécuniaire personnelle au créancier (8), par exemple un droit à des aliments (9) ; on changerait ces créances en les cédant à un tiers.

III. Il faut une juste cause de cession. Tantôt cette juste cause est un acte juridique qui a pour but de faire l'aliénation de la créance (vente, donation, legs, etc.). Tantôt c'est la loi elle-même qui, indépendamment de tout acte juridique, impose au créancier l'obligation de transférer sa créance. Elle accorde ce droit aux codébiteurs solidaires (10), aux défendeurs condamnés à payer l'estimation du litige, parce que leur faute les empêche de restituer

(2) Arg. D. 48, 1, *de publ. judic.*, L. 13, § 1 initio.
(3) Arg. D. 47, 23, *de popul. act.*, L. 1, L. 5 i. f.
(4) D. 47, 12, *de sepulc. viol.*, L. 3, pr. et § 12.
(5) Cf. D. 47, 23, *de popul. act.*, L. 7, § 1.
(6) Cf. D. 37, 6, *de collat. bon.*, L. 2, § 4. — (7) Arg. D. 47, 10, *de injur.*, L. 28.
(8) Cf. D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 9, § 1 initio.
(9) Arg. D. 2, 15, *de transact.*, L. 8, § 10.
(10) Cf. ci-dessus T. II, § 315, II, 3°, et § 334, I, 2°.

en nature la chose réclamée (11), et au tiers acquéreur de bonne foi d'une chose hypothèquée (12); ces personnes jouissent d'un bénéfice de cession d'actions fondé exclusivement sur la loi. De même, tout débiteur libéré de sa dette par suite d'un accident est au moins tenu, en vertu de la loi, de céder au créancier ses actions relatives à la chose due (13). A ces cessions ordonnées par la loi les auteurs modernes ont donné le nom de cessions nécessaires, en leur opposant les autres sous le nom de cessions volontaires.

IV. Dans le dernier état du droit romain, la cession des créances est généralement parfaite en dehors d'un mandat *ad litem* ou d'une cession des actions du créancier; par cela seul qu'il existe une juste cause de cession, le cessionnaire est de plein droit investi des actions du cédant; il peut exercer celles-ci comme actions utiles (14). Il faut en excepter les codébiteurs solidaires et les défendeurs qui, ne pouvant restituer en nature, sont condamnés à l'estimation du litige. Ces personnes n'ont pas d'actions utiles; elles ont besoin de se faire céder les actions du créancier lors du payement; moyennant cette cession, elles ont le droit de poursuivre le débiteur par des actions directes (15).

Lite pendente actiones, quae in judicium deductae sunt,.. in conjunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat, tamquam si nihil factum sit, lite nihilo minus peragenda (C. 8, 36 (37), *de litig.*, L. 2).

Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur (D. 47, 10, *de injur.*, L. 28).

(11) T. II, § 204, I. — (12) T. I, § 274, 5°. — (13) T. II, § 299 initio.
(14) § 348, 1°. — (15) D. 46, 3, *de solut.*, L. 76.

SECTION II. — EFFETS DE LA CESSION.

§ 350. *Règles générales.*

1° Quoique la cession d'une créance soit une aliénation, par elle-même elle a seulement ce caractère entre le cédant et le cessionnaire; elle est sans effet à l'égard du débiteur, pour lequel elle est une *res inter alios acta*. L'obligation persiste donc entre le cédant et le cédé; notamment celui-ci conserve le droit de payer entre les mains du cédant; ce payement le libère de sa dette et il n'est pas tenu de payer encore le cessionnaire qui se présente dans la suite (1). Anciennement cette situation ne se modifiait que par la *litis contestatio* entre le cessionnaire et le débiteur; la novation qu'elle impliquait libérait celui-ci envers le cédant et l'obligeait vis-à-vis du cessionnaire, qui avait un droit exclusif à l'*actio judicati* (2). Mais, vers la fin de la période classique, le cessionnaire obtint un autre moyen d'exclure le cédant et de lier le cédé envers lui, de manière à faire produire à l'aliénation de la créance tous ses effets vis-à-vis du cédé. Ce moyen consiste à notifier la cession au débiteur (3); la notification de la cession n'est soumise à aucune formalité; elle peut se faire par écrit ou de vive voix. Comme la reconnaissance de la cession de la part du débiteur implique une notification, elle a évidemment le même effet (4).

2° Le cédant doit livrer au cessionnaire ses titres de créance, c'est-à-dire les écrits destinés à prouver son droit de créance (5). Le cessionnaire peut aussi exiger que le cédant lui cède ses actions par la voie d'un mandat *ad litem;* il les exercera alors comme actions directes (6), mais, en l'absence d'un mandat, il n'en dispose pas moins généralement d'actions utiles. A plus forte raison le cédant doit-il s'abstenir, à partir de la cession, d'amener par

(1) C. 4, 35, *mand.*, L. 3. — (2) *Vatic. fragm.* 317, v^is^ Cognitore enim........
(3) C. 8, 16 (17), *quae res pignori*, L. 4.
(4) Arg. C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 3, pr. (L. 3 initio), v^is^ vel aliquid ex debito accipiat. — (5) Arg. D. *h. t.*, L. 23, pr. — (6) L. 23, pr., cit.

son fait l'extinction de la dette et de priver ainsi le cessionnaire de l'avantage de la cession, par exemple en recevant le payement de la dette, sinon il est tenu de tous dommages et intérêts envers le cessionnaire (7). — En ce qui concerne la garantie due par le cédant au cessionnaire, il faut distinguer. Dans le cas d'une cession à titre onéreux, le cédant doit garantir l'existence (8) et l'efficacité (9) de la créance, ainsi que son montant, s'il est indiqué au contrat (10); par cette indication, le cédant affirme une qualité spéciale de la créance. Mais, sauf le cas de dol (11), il ne répond pas de la solvabilité du débiteur (12). En effet, cette solvabilité n'affecte pas le droit du créancier; c'est un fait que le cessionnaire peut et doit vérifier avant de contracter; s'il a négligé de s'en enquérir, il supporte la peine de son incurie. On résume ces règles, en disant que le cédant doit prester le *nomen verum**, mais non le *nomen bonum**. Si la cession de la créance s'est faite à titre gratuit, le cédant ne doit aucune garantie au cessionnaire; l'auteur d'une libéralité ne veut transférer au gratifié que les droits qu'il peut avoir lui-même (13); ici encore le cas de dol du cédant fait exception (14).

Si pater tuus tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur (C. 4, 35, *mand.*, L. 3).

Si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille (15), cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere.. compelletur, quatenus tamen ipse debet (C. 8, 16 (17), *quae res pignori*, L. 4).

Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione

(7) L. 23 cit., § 1. — (8) D. *h. t.*, L. 4. — (9) D. *h. t.*, L. 5 initio. — (10) L. 5 i. f., cit.
(11) Arg. D. 21, 2, *de evict.*, L. 74, § 3. — (12) D. *h. t.*, L. 4 initio.
(13) D. 30, *de leg.* 1°, L. 75, § 1 initio et 2 i. f.
(14) Arg. D. 39, 5, *de donat.*, L. 18, § 3. — (15) *Debitor debitoris.*

fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur (D. *h. t.*, L. 23, § 1).

Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare[16], debitorem autem esse praestare (D. *h. t.*, L. 4), et quidem sine exceptione quoque... Sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor (D. *h. t.*, L. 5).

§ 351. *Effets de la cession notifiée ou reconnue.*

En vertu de la notification ou de la reconnaissance de la cession, l'aliénation de la créance devient parfaite vis-à-vis du débiteur; dorénavant le cessionnaire est le créancier exclusif du cédé. En principe, il jouit de tous les droits du cédant; le cédé est tenu envers lui exactement comme il l'était envers le cédant[1]. Ainsi :

1° Le cessionnaire a contre le cédé tous les droits du cédant[1], qu'ils soient principaux ou accessoires[2], alors même qu'ils auraient seulement pris naissance après la cession, auquel cas ils constituent un *commodum rei*[3]. Mais les droits du cessionnaire furent sensiblement restreints par une constitution de l'empereur Anastase; d'après cette loi, l'acheteur d'une créance ayant pour objet une somme d'argent ne peut réclamer du débiteur que le prix de la cession, avec les intérêts à partir du jour du payement du prix[4]. Le but de la loi Anastasienne était d'empêcher le trafic des créances; ce trafic s'exerce souvent sur des créances douteuses ou à charge de débiteurs d'une solvabilité équivoque; il devient ainsi une source de procès et de vexations pour les débiteurs[5]. La loi Anastasienne veut empêcher tout gain pour l'acheteur; elle lui permet seulement de recouvrer le prix d'achat. D'après son esprit, elle ne pouvait s'appliquer aux cessions à titre gratuit[6], puisque celles-ci ne se font pas dans un but de spéculation; mais l'acte

(16) *Scilicet venditorem.*
(1) D. *h. t.*, L. 23, pr.
(2) L. 23, pr., cit.; C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 7, pr. (L. 7 initio).
(3) D. *h. t.*, L. 6. — (4) C. 4, 35, *mand.*, L. 22, § 1 (L. 22).
(5) L. 22 cit., pr. (initio). — (6) L. 22 cit., § 3 (L. 22 i. f.).

portant qu'une créance de 10000 as est vendue pour moitié à raison de 5000 as et donnée pour l'autre moitié, doit être considéré comme une vente de la créance entière; la donation qu'il mentionne est simulée (7).

2° Si le cessionnaire jouit vis-à-vis du cédé de tous les droits du cédant, il n'en a pas de plus étendus (8). Le débiteur peut lui opposer toutes les exceptions qu'il avait contre le cédant lors de la notification (ou de la reconnaissance) de la cession (9); s'il en était autrement, il serait tenu d'une manière plus large. Mais, comme la notification de la cession rend le cessionnaire créancier exclusif du cédé, celui-ci n'est pas admis à se prévaloir d'exceptions acquises contre le cédant après cette notification. Le cessionnaire doit évidemment subir en outre les exceptions qui ont leur cause dans sa propre personne (10).

Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum quam adversus intercessorem hujus debiti, cedere debet, nisi aliud actum est (D. *h. t.*, L. 23, pr.).

Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet ejus quoque, quod postea venditor accepit : nam beneficium venditoris prodest emptori (D. *h. t.*, L. 6).

CHAPITRE IV. — DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DETTE.

D. 13, 5, *de pecunia constituta*. — C. 4, 18, *de constituta pecunia*.
BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel, 1867, 2de édition.
BUHL, *Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage*, Heidelberg, 1875.

§ 352. *Historique*.

1° Pendant les premiers siècles de Rome, la reconnaissance d'une dette se faisait généralement dans la forme de la stipula-

(7) C. 4, 35, *mand.*, L. 23, pr. et § 1. — (8) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 7, § 1 (L. 7 i. f.).
(9) D. 2, 15, *de transact.*, L. 17.
(10) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4, § 18 initio.

tion(1). A côté de celle-ci se plaçait le *receptum* des banquiers, de *recipere* pris dans le sens de promettre(2). C'était, comme la stipulation, un contrat à termes solennels(3). Le plus souvent les choses se passaient de la manière suivante. Celui qui avait des fonds ou du crédit chez un banquier, lui adressait les personnes auxquelles il avait un payement à faire et le banquier s'engageait à les payer à jour fixe; c'était une reconnaissance de la dette d'autrui. Le *receptum* produisait l'*actio recepticia*(3).

2° Sans doute vers la fin de la république, le préteur admit la reconnaissance d'une dette par simple convention; c'est le constitut, *constitutum*(4), de *constituere*, qui signifie ici fixer jour pour un payement(5). Il y attacha l'*actio de pecunia constituta*(6). Mais l'institution nouvelle se restreignait aux dettes d'une quantité de choses fongibles(7) et dans certains cas l'*actio de pecunia constituta* se prescrivait par un an(7). Justinien la soumit d'une façon absolue à la prescription trentenaire(8) et l'étendit à toutes sortes de dettes(8). Déjà avant lui le *receptum* des banquiers était tombé en désuétude(9) et comme, depuis l'introduction du constitut, on ne reconnaissait plus guère une dette par stipulation, le constitut devint d'un usage tout à fait général.

§ 353. *Conditions de la reconnaissance d'une dette.*

La reconnaissance d'une dette exige les conditions suivantes :

1° L'auteur de la reconnaissance doit être capable de s'obliger(1), puisqu'il s'agit de créer une obligation à sa charge(2).

2° Il faut une dette préexistante(3); autrement la reconnaissance n'a pas d'objet. Mais on peut reconnaître une dette quelconque(4), et notamment une dette conditionnelle ou à terme(5); dans ce cas

§ 352—(1) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 9 i. f.
(2) NONIUS MARCELLUS, *de propr. serm.*, v° Recipere.
(3) C. *h. t.*, L. 2, pr. initio. — (4) D. *h. t.*, L. 1, pr.
(5) TACITE, *Germania* 11, cbn. avec D. *h. t.*, L. 21, § 1.
(6) I. 4, 6, *de action.*, § 8 initio. — (7) C. *h. t.*, L. 2, § 1 initio (pr. initio).
(8) L. 2 cit., § 1 (pr.). — (9) L. 2 cit., pr. initio.
§ 353—(1) D. *h. t.*, L. 1, § 2. — (2) Cf. § 354, 1°. — (3) D. *h. t.*, L. 3, § 1.
(4) D. *h. t.*, L. 1, § 6. — (5) D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 19, pr.

la reconnaissance est affectée de la même modalité(6). On peut aussi reconnaître une dette naturelle(7), de façon à procurer au créancier une obligation civile(8). Enfin la reconnaissance peut se rapporter à une dette propre ou à la dette d'autrui(9); de là un constitut de la dette propre et un constitut de la dette d'autrui (*constitutum debiti proprii** — *constitutum debiti alieni**); ce dernier est une intercession dont il a déjà été parlé(10). Tout demandeur devant prouver le fondement de son action, celui qui poursuit l'exécution de la reconnaissance, est tenu d'établir qu'il y avait une dette préexistante. Si un écrit récognitif a été dressé et qu'il mentionne la cause de la dette (*cautio discreta**), en portant par exemple. « Je reconnais devoir 1000 as du chef d'un prêt », l'écrit prouve pleinement l'ancienne dette(11). Mais, si l'écrit récognitif ne spécifie pas la cause de la (*cautio indiscreta**) — si par exemple il porte simplement « je reconnais devoir 1000 as —, ou bien si aucun écrit récognitif n'a été dressé, le demandeur doit établir par un autre moyen de preuve que, lors de la reconnaissance, il était créancier en vertu d'une certaine cause(12).

3° La reconnaissance ne peut pas avoir plus d'étendue que l'obligation originaire; en tant qu'elle dépasse celle-ci, elle manque d'objet, elle ne se rapporte plus à une ancienne dette; elle est donc réduite à cette dernière(13). Toutefois, le constituant peut s'engager d'une manière plus onéreuse quant au temps(14) et au lieu(15) du payement, ou bien promettre autre chose, pourvu qu'il ne promette pas davantage(16); il va de soi qu'il peut s'engager à moins(17).

4° Il faut le consentement des parties sur la reconnaissance de la dette(18). Mais, comme le constitut est un pacte prétorien, le seul consentement suffit(19); aucune formalité n'est nécessaire et en particulier celle de la stipulation est inutile(20). Il n'est pas

(6) D. *h. t.*, L. 19, pr. — (7) D. *h. t.*, L. 1, § 7. — (8) Arg. L. 1, § 7, cit.
(9) I. 4, 6, *de action.*, § 9 initio. — (10) T. II, § 317.
(11) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 4, v^is nisi ipse........ — (12) L. 25 cit., § 4 initio.
(13) D. *h. t.*, L. 11, § 1, L. 12. — (14) D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 4.
(15) D. *h. t.*, L. 5, pr. — (16) D. *h. t.*, L. 1, § 5. — (17) D. *h. t.*, L. 13.
(18) D. *h. t.*, L. 1, § 4. — (19) D. *h. t.*, L. 1, pr. — (20) I. 4, 6, *de action.*, § 9.

essentiel que la reconnaissance soit accompagnée de la fixation d'un jour pour le payement(21). Mais un terme était si usuel que, même dans le silence du constitut, le constituant avait droit, d'après la volonté présumée des parties, à un délai modéré, que le juge fixait et dont le minimum était de dix jours(22).

Si quis autem constituerit quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur : et est verum, ut et Pompanius scribit, eum non teneri, quia debita juribus non est pecunia quae constituta est (D. *h. t.*, L. 3, § 1).

Sin.. cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit : tunc enim stare eum oportet suae confessioni (D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 4).

Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est (D. *h. t.*, L. 11, § 1).

§ 354. *Effets de la reconnaissance d'une dette.*

1° La reconnaissance d'une dette crée une obligation nouvelle donnant lieu à l'*actio de pecunia constituta*(1). Mais elle ne produit pas une novation de l'ancienne dette; celle-ci subsiste à côté de la nouvelle(2). Non seulement la novation ne se présume pas et dans le doute l'on doit se prononcer contre elle, mais dans l'espèce les parties, loin de vouloir nover l'ancienne obligation, veulent la consacrer et l'assurer(3). Par suite de la reconnaissance il y a donc deux obligations. Mais la nouvelle obligation n'étant qu'une consécration de l'ancienne est plutôt formelle que matérielle; c'est

(21) Arg. C. *h. t.*, L. 1, § 1 (pr.). — (22) D. *h. t.*, L. 21, § 1.

(1) I. 4, 6, *de action.*, § 9. — (2) D. *h. t.*, L. 18, § 3.

(3) Voyez en ce sens de Savigny, cité, I, § 18, B, 3° i. f., et Maynz, II, § 251 i. f. Contra Demangeat, *Obligations solidaires*, p. 84-90.

l'ancienne dette qui est la seule dette véritable (4). Il s'ensuit qu'un seul payement est dû et éteint à la fois les deux obligations (5).

2° La reconnaissance d'une dette interrompt la prescription (6).

Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem (7) consumat. Et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit (D. *h. t.*, L. 18, § 3).

§ 355. *Utilité de la reconnaissance d'une dette.*

Il résulte de l'exposé qui précède que la reconnaissance d'une dette peut présenter des avantages divers. Si la cause de l'ancienne dette a été spécifiée dans un écrit récognitif, celui-ci sert à la preuve de la dette (1); en outre la prescription de l'obligation primitive est interrompue (2); parfois aussi la nouvelle dette est plus avantageuse que l'ancienne (3); la reconnaissance peut même procurer une obligation civile à un créancier jusque-là simplement naturel ou bien constituer une intercession au profit d'un autre débiteur (4).

§ 354—(4) Arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 36, v^is de sorte, id est de priore obligatione.
(5) D. *h. t.*, L. 18, § 3.
(6) C. 7, 39, *de praescr. XXX v. XL ann.*, L. 7, § 5ᵃ (5 i. f.).
(7) L'ancienne obligation.
§ 355—(1) § 353, 2° i. f. — (2) § 354, 2°. — (3) § 353, 3°. — (4) § 353, 2° initio.

TITRE II.

DES SOURCES DES OBLIGATIONS.

---

§ 356. *Énumération.*

Les sources des obligations sont les conventions, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi(1). Les conventions et les délits ont un caractère nettement déterminé ; ils consistent respectivement dans le consentement des parties et dans la violation d'une loi pénale. Il n'en est pas de même des trois autres sources ; ici les faits les plus hétérogènes produisent l'obligation. Plusieurs offrent de l'analogie avec la convention ou avec le délit ; de là les quasi-contrats et les quasi-délits. Mais pour quelques-uns cette analogie fait également défaut et on ne saurait les comprendre sous un principe général ; c'est la loi qui y attache une obligation. A raison de leur indétermination, les quasi-contrats, les quasi-délits et la loi sont désignés dans un texte par le nom de *variae causarum figurae*(2).

(1) Cf. I. 3, 13, *de obligat.*, § 2, et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52, § 5.
(2) D. *eod.*, L. 1, pr.

CHAPITRE I. — DES CONVENTIONS.

SECTION I. — DES CONVENTIONS EN GÉNÉRAL.

D. 2, 14, et C. 2, 3, *de pactis.*

I. Notion de la convention; § 357.

Dans le sens large, la convention (*conventio*, *pactum*) est le concours de volontés de plusieurs personnes sur un point quelconque, dans le but de créer, de modifier ou d'éteindre un droit[1]. Ces droits eux-mêmes peuvent être de la nature la plus diverse: des droits de la personnalité, des droits réels ou des droits de créance. Mais, pour que les conventions constituent des actes juridiques, elles doivent être faites dans l'intention de créer, de modifier ou d'éteindre un droit, sinon elles sont étrangères au droit[2]. Il s'agit ici seulement des conventions qui produisent des obligations.

Pactum.. est.. duorum pluriumve in idem placitum.. consensus (D. 2, 14, *de pact.*, L. 1, § 1-2).

Est verum eum, qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et actoribus et in regendis consilio, mandati non teneri (D. 17, 1, *mand.*, L. 10, § 7).

II. Historique des conventions.

§ 358. *Des anciens contrats réels.*

1° Dans les premiers siècles de Rome, l'on contractait dans la forme de la mancipation; on aliénait en cette forme la chose qui faisait l'objet du contrat; l'aliénation avait lieu devant cinq témoins et un *libripens*, comme il a été expliqué ailleurs[1], et,

§ 357—(1) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 1, § 1-2. — (2) D. 17, 1, *mand.*, L. 10, § 7.
§ 358—(1) T. I, § 163, I, 1°.

accessoirement à la mancipation, on faisait telles conventions que l'on jugeait convenables. La loi des Douze tables avait reconnu force obligatoire à ces conventions; *cum nexum faciet mancipiumque*, disait-elle, *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*(2). On en poursuivait l'exécution par l'action de fiducie (*actio fiduciae*)(3). De là les contrats réels *per aes et libram*. Cette forme de contracter n'était pas seulement employée lorsque l'objet du contrat était de faire une aliénation; on y recourait aussi lorsque le contrat n'avait en réalité d'autre but que de procurer l'usage ou la garde d'une chose. Nous avons un renseignement formel à cet égard pour le dépôt; encore à l'époque de Gaius, il arrivait que le déposant mancipait au dépositaire la chose qu'il voulait lui confier, en stipulant qu'elle serait remancipée à la première réquisition(4). De même, avant l'introduction de l'hypothèque, le débiteur qui voulait donner à son créancier une garantie réelle autre que le simple gage, lui mancipait une chose, moyennant la promesse du créancier de la retransférer après avoir été satisfait(5).

2° Tant que la monnaie ne fut pas en usage chez les Romains et que l'on pesait des lingots ou des pièces d'airain(6), le prêt d'argent se faisait tout naturellement par un mode analogue à la mancipation, *per aes et libram;* le *libripens* faisait le pesage devant cinq témoins(7). Souvent à cette occasion, l'emprunteur engageait sa personne en garantie de la restitution du prêt, moyennant la promesse du prêteur de le libérer après avoir été satisfait(8). Cet engagement de la personne s'appelait *nexum*(9) et le débiteur *nexus*(10). Le *nexus* était soumis à une servitude de fait(11), mais conservait ses droits civils; il ne subissait pas même une petite

(2) Table VI, fr. 1; FESTUS, *de verb. signif.*, v° Nuncupata.

(3) PAUL, II, 13, § 6. — (4) GAIUS, II, 60 initio.

(5) Cf. ci-dessus, T. I, § 254. Voyez ORTOLAN, III, n° 1207, et MAYNZ, T. I, § 33, n° 1, p. 458, et T. II, § 232. — (6) Cf. ci-dessus T. I, § 65, 1° i. f.

(7) Cf. GAIUS, I, 122, et III, 174.

(8) VARRON, *de lingua lat.* VII, 105 (éd. MÜLLER).

(9) Loi des Douze tables, Table VI, fr. 1; FESTUS, *de verb. signif.*, v° Nuncupata.

(10) Texte de la note 8. — (11) TITE-LIVE, II, 23, et texte de la note 8.

diminution de tête. S'il satisfaisait le créancier en le payant directement ou par ses services, il pouvait réclamer sa libération par l'action de fiducie(12). Mais, à défaut de payement, le créancier était autorisé, un mois après l'échéance de la dette, à pratiquer la *manus injectio*(13), comme dans le cas d'une condamnation judiciaire(14), de sorte que le *nexus* ne pouvait plus se défendre que par un *vindex*. Ce droit de traiter le *nexus* comme un condamné constituait l'avantage essentiel du *nexum*(15).

Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus (Varron, *de lingua lat.* VII, 105 (éd. Müller)).

§ 359. *Des anciens contrats verbaux.*

De bonne heure se formèrent à Rome des contrats verbaux, parfaits par le simple emploi de paroles, *verbis*. Le principal de ces contrats était la stipulation, qui était d'une application générale. A lui s'ajoutaient, pour des cas particuliers, le *receptum* des banquiers, dont il a déjà été parlé(1), et le contrat verbal de dot appelé *dotis dictio*, qui appartient à la théorie de la dot(2). La stipulation descend du contrat réel *per aes et libram;* elle en forme une émanation naturelle. En réalité, le contrat réel *per aes et libram* contenait un contrat verbal ; les paroles échangées entre parties, à l'occasion de la mancipation, avaient ce caractère. Seulement le contrat verbal n'était valable que grâce à la mancipation ; on le rendit obligatoire par lui-même(3). Dans sa forme primitive la stipulation présentait trois caractères distinctifs; les parties

(12) Arg. Paul, II, 13, § 6. — (13) Denys d'Halic., VI, 83.

(14) Cf. ci-dessus T. I, § 140.

(15) Voyez sur le *nexum* de Savigny, *Vermischte Schriften* II, nº 19, p. 396-470, Berlin, 1850, Huschke, *Ueber das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846, et Giraud, *Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains*, Paris, 1847.

(1) T. II, § 352, 1°. — (2) T. II, § 544, 1°.

(3) Arg. Festus, *de verb. signif.*, vº Stipem, et Varron, *de lingua lat.* V, 182 (éd. Müller).

devaient consentir de vive voix[4], au moyen d'une question du créancier et d'une réponse du débiteur[5] et par des paroles solennelles que l'usage avait consacrées[6].

§ 360. *Des anciens contrats littéraux.*

DE SAVIGNY, *Vermischte Schriften* I, n° 9, Berlin, 1850.
GAILLARD, *Des obligations littérales*, Strasbourg, 1860.
VOIGT (M.), *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer*, Leipzig, 1887.

A côté des contrats verbaux vinrent se placer les contrats littéraux, c'est-à-dire les contrats parfaits par la rédaction d'un écrit, *litteris*. Ici l'écrit ne sert pas seulement à la preuve du contrat[1]; il le crée, il lui donne l'existence[2]. Deux contrats de cette espèce se formèrent à Rome : les *nomina transcripticia*[3] et les *chirographa* et *syngraphae*[4].

I. *Des nomina transcripticia.* 1° Dans l'ancienne Rome, tout père de famille soigneux et en particulier les banquiers tenaient deux livres pour les opérations d'argent[5]. L'un, le *liber adversariorum*, était un livre-journal ou plutôt un brouillon, où l'on annotait jour par jour, mais d'une manière sommaire et dans un ordre indéterminé, les différentes opérations pécuniaires, les recettes et les dépenses[6]; il était sans valeur juridique[7]. L'autre, le *codex accepti et expensi*, était un livre de caisse, c'est-à-dire un livre régulier de recettes et de dépenses. On y inscrivait, habituellement tous les mois[8], les affaires mentionnées dans le brouillon, en plaçant chaque poste sous le nom de la partie adverse; c'est pourquoi les créances s'appelaient *nomina*[9]. D'un côté on

§ 359—(4) GAIUS, III, 136 i. f. — (5) GAIUS, III, 92.
(6) I. 3, 15, *de V. O.*, § 1.
§ 360—(1) Cf. GAIUS, III, 131, et ci-après § 374, II, 2° initio.
(2) GAIUS, III, 89. — (3) GAIUS, III, 128-130 et 133. — (4) GAIUS, III, 134.
(5) CIC. *in Verrem* II, lib. 1, c. 23, et pseudo-ASCONIUS, *ad h. l.*
(6) CIC., *pro Roscio com.* 2-3. — (7) CIC., *pro Roscio com.* 2.
(8) CIC., *pro Roscio com.* 2 i. f. — (9) DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, v° Nomen, § 3.

mettait les sommes reçues, de l'autre les sommes payées(10), sans doute sur deux pages différentes(11). C'est par le second registre que se formait le contrat littéral; celui-ci était basé sur l'idée d'un payement. Probablement le créancier inscrivait à la fois, sous la rubrique des *accepta*, la dette qui devait être éteinte, et, parmi les *expensa*, la nouvelle dette littérale qu'il s'agissait de former. Quant au débiteur, s'il était exact, il inscrivait l'ancienne dette sous les *expensa* et la nouvelle parmi les *accepta*(12); mais il pouvait aussi consentir à l'obligation d'une autre manière(13); à défaut de tout consentement le contrat littéral ne se comprenait point(14). Chaque *nomen* se trouvait ainsi transcrit d'une page à l'autre sur le livre du créancier et sur celui du débiteur; de là l'expression de *nomen transcripticium*. Le contrat littéral pouvait d'ailleurs intervenir de deux façons différentes : d'abord entre les mêmes parties, lorsqu'une dette d'argent résultant d'une cause quelconque était transcrite par le créancier sur le livre de caisse à charge du débiteur(15), ensuite entre le créancier et un nouveau débiteur, lorsqu'une somme d'argent due par quelqu'un était transcrite par le créancier sur le livre de caisse à charge d'une autre personne, qui était obligée au lieu et place de l'ancien débiteur(16). Dans le premier cas, on parlait d'une *transcriptio a re in personam*, et dans le second, d'une *transcriptio a persona in personam*(17).

2° Les *nomina transcripticia* étaient de droit strict(18) et produisaient une *condictio certi*, puisqu'il s'agissait toujours d'une somme d'argent déterminée(19). Comme ils se basaient sur l'idée d'un payement, ils n'admettaient ni condition, ni terme(20). Ils étaient interdits aux pérégrins(21).

II. Des *chirographa* et *syngraphae*. A la différence des *nomina*

(10) Cf. Cic., *pro Caecina* 6. — (11) Pline, *Hist. natur.* II, 7.
(12) Cf. Cic., *pro Roscio com.* 1.
(13) Cf. pseudo-Asconius *in Verrem* II, lib. 1, c. 23.
(14) Cic. *pro Roscio com.* 1-2. — (15) Gaius, III, 129. — (16) Gaius, III, 130.
(17) Gaius, III, 128. — (18) Arg. Cic., *pro Roscio com.* 4 i. f. et 5 initio.
(19) Cic., l. c. — (20) *Vatic. fragm.* 329 initio et arg. de ce texte.
(21) Gaius III, 133 initio, cf. i. f.

transcripticia, les *chirographa* et *syngraphae* étaient des écrits sur feuille volante[22]. Les *chirographa* obligaient une seule partie, n'étaient signés que par le débiteur et faits en un exemplaire unique remis au créancier. Les *syngraphae* obligaient réciproquement les parties l'une envers l'autre, étaient signées par toutes et faites à autant d'exemplaires qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct; chacune de ces parties recevait un exemplaire. Du moins dans le principe, ce contrat littéral intervenait exclusivement entre pérégrins ou bien entre pérégrins et Romains[23].

Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi (Gaius, III, 128-130).

§ 361. *Des contrats consensuels et des pactes confirmés.*

Les contrats verbaux et les contrats littéraux étaient un progrès par rapport aux contrats réels *per aes et libram*. Mais, pour compléter le développement de la théorie des conventions, il fallait admettre des contrats consensuels, c'est-à-dire des contrats parfaits par le simple consentement des parties.

1° Dès une haute antiquité, les Romains avaient reconnu comme tels la vente, le louage, la société et le mandat[1]; une constitution de l'empereur Zénon y ajouta le contrat emphytéotique[2]. Quant au contrat de superficie, il ne devint pas un contrat propre; c'est une vente, un louage ou une donation, selon que la superficie est concédée pour un prix global, pour un prix périodique ou à titre gratuit[3].

(22) Gaius, III, 134. — (23) Gaius, III, 134 i. f.

(1) Gaius, III, 135-136. — (2) I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 3.

(3) D. 43, 18, *de superf.*, L. 1, § 1 initio et 7.

2° D'un autre côté, les jurisconsultes romains firent admettre que les conventions accessoires ajoutées immédiatement à un contrat de bonne foi seraient civilement obligatoires par le seul consentement des parties (4). Le préteur reconnut encore la convention d'hypothèque (5), le constitut (6), la convention relative à un serment extrajudiciaire (7) et l'acceptation des fonctions d'arbitre (8). Enfin des constitutions impériales du Bas-Empire rendirent obligatoires comme telles la donation (9) et la constitution de dot (10). Ces trois catégories de conventions s'appellent respectivement pactes accessoires (*pacta adjecta**), pactes prétoriens (*pacta praetoria**) et pactes légitimes (*pacta legitima**) (11); leur ensemble forme les pactes confirmés (*pacta vestita**) ou munis d'une action; à eux s'opposent les pactes simples (*pacta nuda*) ou dépourvus d'action (12). Les pactes confirmés sont en réalité des contrats consensuels; le seul consentement des parties y suffit à la perfection de la convention. Si les Romains leur refusent le nom de contrats consensuels, c'est que les pactes accessoires ne sont pas obligatoires par eux-mêmes, mais seulement à raison d'un autre contrat dont ils forment une dépendance. Quant aux pactes prétoriens, leur reconnaissance n'est pas due au droit civil, et les pactes légitimes apparurent à une époque où la théorie des contrats était définitivement fixée dans les écrits des jurisconsultes classiques; on ne voulut plus la modifier, en y faisant entrer de nouvelles espèces (13).

3° Là s'arrêta le développement des conventions parfaites par le seul consentement des parties. On avait attribué ce caractère à un petit nombre de conventions formant les contrats consensuels, les pactes prétoriens et les pactes légitimes, et, d'une manière générale, aux clauses accessoires d'un contrat de bonne foi. En dehors de ces cas, dominait le principe d'après lequel la convention

(4) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5. Cf. ci-après § 467.
(5) Cf. ci-dessus T. I, § 264, 5° initio. — (6) Cf. ci-dessus T. II, § 352, 2°.
(7) Cf. ci-après § 464. — (8) § 463. — (9) § 406, 2°. — (10) § 544, 1°.
(11) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 6. — (12) PAUL, II, 14, § 1.
(13) SCHILLING, III, § 250 initio, et *Erinnerung*.

comme telle, la convention fondée sur le seul consentement, ne constituait qu'un simple pacte et ne produisait qu'une obligation naturelle[14]. C'est une grave imperfection du droit romain. Justinien aurait dû convertir la stipulation en un contrat consensuel d'une application générale et supprimer ainsi d'un seul coup la distinction entre les contrats et les pactes, entre les contrats consensuels et les contrats verbaux, entre les pactes confirmés et les pactes simples. Il ne réalisa pas cette réforme. La stipulation n'en forme pas moins le complément du système des contrats consensuels et des pactes confirmés, car elle permet de donner facilement force civile à de simples pactes, d'autant plus que, dans le dernier état du droit romain, elle s'est rapprochée des contrats consensuels.

§ 362. *Historique des contrats verbaux.*

En vertu d'une constitution de l'empereur Léon Ier, la stipulation peut se faire en termes quelconques; elle n'exige plus aucune solennité de paroles[1]. Sous Justinien elle ne se distingue plus des contrats consensuels que par la nécessité de consentir de vive voix et au moyen d'une question du créancier et d'une réponse du débiteur. En ce qui concerne le *receptum* des banquiers et la *dotis dictio*, ils ont disparu[2].

Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem (C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 10).

§ 363. *Historique des contrats réels.*

Les anciens contrats réels n'étaient valables que s'ils avaient été revêtus de la forme de la mancipation, de manière à donner lieu à

(14) Cf. ci-dessus T. I, § 329, 1°.
§ 362—(1) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 10.
(2) Cf. ci-dessus T. II, § 352, 2° i. f., et ci-après § 544, 1°.

l'action de fiducie. La simple remise d'une chose en vue d'une prestation réciproque n'autorisait pas à poursuivre l'exécution de celle-ci, à moins que la prestation réciproque n'eût été promise par le contrat verbal de stipulation, auquel cas on disposait de l'*actio ex stipulatu*. A défaut de mancipation et de stipulation, on était sans action pour réclamer la prestation réciproque. On pouvait seulement répéter par la *condictio causa data causa non secuta* ce que l'on avait payé (1) ou bien, du moins à partir d'une certaine époque du droit romain, agir en dommages et intérêts par une *actio doli* ou par une action *in factum* (2). Mais l'on débarrassa successivement tous les contrats réels de la forme de la mancipation; on admit que la simple remise d'une chose ou la simple prestation d'un fait en vue d'une prestation réciproque constituerait un contrat parfait, civilement obligatoire.

1° Ce principe fut d'abord reconnu pour le prêt de consommation, le prêt à usage, le dépôt et le contrat de gage (3). Le prêt d'argent se dégagea d'ailleurs du *nexum;* celui-ci fut aboli par la loi *Poetelia* (4), qui remonte vraisemblablement à l'an 313 avant J. C. (5). L'emprunteur d'une somme d'argent, disait la loi, n'obligera plus que ses biens et non sa personne (6); c'était, d'après Tite-Live (6), comme un nouveau commencement de liberté pour la plèbe.

2° Sous l'empire, grâce à l'école des Proculéiens, le principe du contrat réel libre fut successivement étendu (7) et, à la fin de la période classique, il était tout à fait généralisé (8). Parmi les nouveaux contrats, quelques-uns, tels que la *permutatio* et le *precarium*, portaient un nom spécial; mais la plupart en étaient dépourvus, car ils variaient à l'infini (9). Dès lors, au moins pour ces derniers, il était impossible de créer des actions spéciales, désignées d'après le nom du contrat auquel elles se rapportaient;

(1) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 65, § 4.

(2) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 16, § 1.

(3) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 2, 3, 5 et 6. — (4) Tite-Live, VIII, 28.

(5) Arg. Varron, *de lingua lat.* VII, 105 (éd. Müller), v^is Visolo dictatore, cbn. avec Tite-Live, IX, 28. — (6) Tite-Live, VIII, 28.

(7) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 1, § 1, L. 6, L. 12; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 2.

(8) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, § 4. — (9) D. *eod.*, L. 4.

il fallait une action générale(10). Dans la formule de celle-ci on ne pouvait insérer une *demonstratio* proprement dite, précisant le contrat par un nom spécial qui lui manquait. Il fallait la remplacer par un libre exposé des faits de la cause; cet exposé, qui était une véritable *demonstratio* conçue *in factum*(11), figurait aussi en tête de la formule; c'était une *praescriptio*, et l'action elle-même reçut le nom d'*actio praescriptis verbis*(12). Pour se dispenser de la création d'autres actions, on l'étendit aux nouveaux contrats qui étaient pourvus d'un nom propre, d'autant plus qu'ils étaient soumis à la même théorie. De leur côté, les interprètes modernes du droit romain ont appelé contrats innomés tous les contrats ainsi munis de l'action *praescriptis verbis*. Le nom se justifie par l'action générale ou innomée attachée à ces contrats; il ne signifie nullement que tous soient dépourvus d'un nom propre. Au reste, même après la création de l'action *praescriptis verbis* en exécution du contrat innomé, on maintint l'ancienne *condictio causa data causa non secuta* en résiliation du contrat, du chef de l'inexécution des obligations de la partie adverse(13).

Eo anno plebi romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt :... jussi.. consules ferre ad populum, ne quis.. in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti; cautumque in posterum, ne necterentur (Tite-Live, VIII, 28).

Cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est, in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt. Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula (D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 2-4).

(10) D. *eod.*, L. 2-3. — (11) C. 2, 4, *de transact.*, L. 6, § 1 i. f. (L. 6 i. f.).
(12) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 2.
(13) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 4, § 1 (L. 4 i. f.).

§ 364. *Historique des contrats littéraux.*

I. 3, 21, *de litterarum obligatione.* — C. 4, 30, *de non numerata pecunia.*

Tandis que les contrats réels parvenaient à un développement aussi complet, les anciens contrats littéraux avaient un sort tout différent; ils disparaissaient d'une manière absolue et la législation de Justinien ne connaît plus, ni les *nomina transcripticia*, ni le contrat littéral formé par les *chirographa* et *syngraphae*(1). A la vérité, Justinien voudrait encore admettre un contrat littéral dans le cas suivant. Lorsqu'un chirographe *de mutuo* a deux ans de date, il fait pleine foi du prêt; comme il n'en est pas moins possible que le signataire du billet n'ait rien reçu, il serait obligé, non pas sur le fondement d'un prêt, qui peut ne pas avoir eu lieu, mais en vertu d'un contrat littéral(2). Cette manière de voir est inexacte. Si un prêt est prouvé par un chirographe qui remonte à deux ans, la non-numération des espèces est une hypothèse contraire au droit; c'est le prêt qui a une existence juridique et fonde l'obligation(3).

III. Divisions des conventions.

Le droit romain connaît des contrats et des pactes (§ 365), des conventions à titre onéreux et des conventions à titre gratuit (§ 366), des conventions bilatérales et des conventions unilatérales (§ 367), enfin des conventions de bonne foi et des conventions de droit strict, selon que les obligations résultant de la convention sont de bonne foi ou de droit strict (Cf. ci-dessus T. II, § 330-332).

(1) I. *h. t.*, initio. — (2) I. *h. t.* Cf. ci-après § 441.

(3) Voyez en ce sens Unterholzner, cité, I, § 37, 9°, de Savigny, *System* V, *Beilage* XIV, n° IX i. f., Gneist, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts*, p. 388-398, Berlin, 1845, Puchta, *Pand.*, § 305, et note q, et Keller, § 298 i. f. Contra Bähr, *Anerkennung*, § 36-37, et Ortolan, III, nos 1433-1440. Cf. Maynz, II, § 248, et note 8.

§ 365. *Des contrats et des pactes.*

I. *Notion des contrats et des pactes.* Les contrats (*contractus*) sont des conventions qui, déjà à l'époque classique, produisaient une obligation civile par elles-mêmes et en vertu du droit civil proprement dit. Les pactes (*pacta*) sont des conventions qui créent une simple obligation naturelle, ou bien qui ne créent une obligation civile qu'à titre d'accessoires d'un autre contrat ou en vertu du droit prétorien ou de constitutions impériales du Bas-Empire. D'après cela le contrat réunit quatre caractères; à défaut de l'un d'eux, la convention appartient à la catégorie des pactes.

1° Le contrat est une convention produisant une obligation civile. La convention qui ne donne lieu qu'à une obligation naturelle, est un simple pacte.

2° Le contrat est une convention produisant une obligation civile par elle-même. Il y a des conventions qui ne donnent lieu à une obligation civile qu'à raison d'un autre contrat, dont elles forment une dépendance; ce sont les pactes accessoires.

3° Le contrat est une convention produisant une obligation civile en vertu du droit civil proprement dit. Les conventions auxquelles une semblable obligation a été attachée par le droit prétorien, sont des pactes prétoriens.

Enfin 4° le contrat est une convention déjà civilement obligatoire à l'époque classique. Les conventions qui acquirent seulement force civile par des constitutions impériales du Bas-Empire, sont des pactes légitimes[1].

II. *Des diverses sortes de contrats.* Les contrats sont consensuels, verbaux ou réels[2]. Cette division est relative à la perfection des contrats. Tous exigent pour leur perfection le consentement des parties; sans ce consentement un contrat ne se conçoit point[3]. Mais cette condition n'est pas toujours suffisante;

(1) Cf. ci-dessus § 361. — (2) Cf. I. 3, 13, *de oblig.*, § 2 i. f.
(3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 1, § 3 i. f.

il faut parfois encore autre chose pour que le contrat existe.

1° Les contrats consensuels sont ceux qui se parfont par le seul consentement des parties (4). Aucune autre condition n'est requise et notamment il ne faut ni un consentement donné de vive voix, ni une prestation déjà effectuée, ni la rédaction d'un écrit (5). Le droit romain ne connaît que cinq contrats de cette espèce : la vente, le louage, le mandat, la société et le contrat emphytéotique (6).

2° Les contrats verbaux sont ceux qui se parfont seulement par un consentement de vive voix (7). Le seul contrat verbal du droit de Justinien est la stipulation ; on y exige la condition spéciale que le consentement oral se manifeste par une question du créancier et une réponse du débiteur (7).

3° Les contrats réels sont ceux qui ne se parfont que par une prestation de la part de l'un des contractants : *re contrahitur obligatio* (8). Indépendamment du consentement, le contrat réel suppose donc que l'une des parties ait effectué une prestation, livré une chose ou presté un fait ; c'est ainsi que le prêt n'est parfait que par la remise de la chose qu'il s'agit de prêter. La promesse de prêter, malgré le consentement des parties, n'est pas un prêt ; ses effets sont tout différents : elle n'oblige que le futur prêteur, tandis que le contrat de prêt oblige principalement l'emprunteur (9). La promesse de prêter n'est d'ailleurs qu'un simple pacte, à moins d'avoir été revêtue de la forme de la stipulation. De même, l'échange n'est parfait que par la remise de l'une des deux choses qu'il s'agit d'échanger. La convention d'échange (*pactum de permutando**) n'est pas un échange (*permutatio*). Ses effets sont autres : elle oblige les deux parties à faire une dation ; l'échange suppose que l'une d'elles a déjà effectué sa dation. De plus, la convention d'échange ne constitue par elle-même qu'un simple pacte (10). — Les contrats réels sont nommés ou innommés, selon qu'ils sont garantis par une action spéciale ou

(4) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, pr. et § 1. — (5) I. *eod.*, § 1. Cf. ci-après § 374, II.
(6) I. *eod.*, pr. ; I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 3 i. f. — (7) I. 3, 15, *de V. O.*, pr. initio.
(8) I. 3, 13, *de oblig.*, § 2 i. f. — (9) Cf. ci-après § 442 et 444.
(10) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 3.

par l'action générale *praescriptis verbis* (11). Le premier groupe comprend seulement quatre espèces, savoir le prêt de consommation, le prêt à usage, le dépôt et le contrat de gage (12). Le second embrasse tous les autres contrats réels et notamment l'échange (13), le précaire (14), le partage conventionnel (15) et la transaction (16). Mais il est de l'essence des contrats réels innomés que la prestation qui leur donne naissance, soit faite en vue d'une prestation réciproque; il faut un *do ut des*, un *do ut facias*, un *facio ut facias*, ou un *facio ut des* (17). Si, par suite de la faute du débiteur, la prestation réciproque n'a pas eu lieu, la partie adverse a le droit de demander la résiliation du contrat et de répéter sa propre prestation par la *condictio causa data causa non secuta* (18).

III. *Des diverses sortes de pactes*. Les pactes sont confirmés ou simples (*vestita* vel nuda*) selon qu'ils produisent une obligation civile (19) ou seulement une obligation naturelle (20), et de leur côté les pactes confirmés sont légitimes (*legitima**), s'ils ont été reconnus par des constitutions impériales du Bas-Empire (donation et constitution de dot), prétoriens (*praetoria**), s'ils l'ont été par le droit prétorien (convention d'hypothèque, constitut, convention relative à un serment extrajudiciaire et acceptation des fonctions d'arbitre), et accessoires (*adjecta**), s'ils ont force civile comme accessoires d'un contrat de bonne foi (21). Il existe deux moyens de convertir un simple pacte en un contrat. Le premier consiste à appliquer à la convention la forme de la stipulation (22). Le second est propre aux pactes qui obligent réciproquement les deux parties; chacun des contractants peut convertir un pareil pacte en un contrat réel innommé en exécutant son obliga-

(11) Cf. ci-dessus § 363.
(12) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. initio, § 2 initio, 3 initio et 4 initio.
(13) Arg. D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1, § 2.
(14) Arg. D. 43, 26, *de prec.*, L. 2, § 2. — (15) Arg. C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 7.
(16) Arg. C. 2, 4, *de transact.*, L. 6, § 1 (L. 6 i. f.).
(17) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, pr. i. f.
(18) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 4, § 1 (L. 4 i. f.). Cf. ci-après § 386, I, 1°.
(19) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5 initio. — (20) Paul, II, 14, § 1.
(21) Cf. ci-dessus § 361, 2°. — (22) Paul, II, 22, § 2.

tion; dès ce moment il y a une prestation faite en vue d'une prestation réciproque[23].

Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire (I. 3, 22, *de cons. oblig.*, pr. et § 1).

Re contrahitur obligatio veluti mutui datione (I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr.).

Permutatio.. ex re tradita initium obligationi praebet (D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1, pr.).

Ex placito permutationis[24] re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem (C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 3).

Aut.. do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias (D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, pr.).

Ex nudo.. pacto inter cives Romanos actio non nascitur (Paul, II, 14, § 1). Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit (Paul, II, 22, § 2).

§ 366. *Des conventions à titre onéreux et des conventions à titre gratuit.*

1° Les conventions à titre onéreux sont celles où chaque partie contracte en vue d'un équivalent à fournir par l'autre. Selon que cet équivalent est certain ou incertain, la convention à titre onéreux est commutative ou aléatoire. Les conventions à titre gratuit ou de bienfaisance sont celles par lesquelles l'une des parties veut faire une libéralité à l'autre. Il n'est pas de leur essence que l'auteur de la libéralité soit seul obligé; le gratifié peut l'être également, pourvu que, dans la pensée des contractants, la prestation qui lui incombe, ne soit pas l'équivalent de celle qu'il

(23) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 45. — (24) *Id est ex pacto de permutando.*

reçoit. La donation modale est une convention de bienfaisance qui oblige les deux parties.

2° A la différence des conventions à titre onéreux, les conventions à titre gratuit ne donnent pas lieu, en général, à la garantie du chef d'éviction (1) et des vices (2) de la chose. En outre l'auteur de la libéralité répond seulement du dol et de la faute lourde, car il n'a pas d'intérêt au rapport obligatoire (3).

§ 367. *Des conventions bilatérales et des conventions unilatérales.*

1° Les conventions bilatérales ou synallagmatiques (συνάλλαγμα (1); *contractus bilaterales**) sont celles qui produisent des obligations réciproques pour les deux parties (1). Elles sont bilatérales parfaites (*bilaterales aequales**) ou bilatérales imparfaites (*bilaterales inaequales**). Dans les premières, les deux parties sont nécessairement obligées; la réciprocité des obligations est de leur essence. Dans les secondes, une seule partie est nécessairement obligée, tandis que l'obligation de l'autre dépend des circonstances; la réciprocité des obligations est simplement accidentelle. De là, dans toutes les conventions bilatérales imparfaites, une action directe (*actio directa*) en faveur de la partie nécessairement créancière, et une action contraire (*actio contraria*) pour le contractant accidentellement créancier (2). Les conventions unilatérales (*conventiones unilaterales**) sont celles qui ne produisent des obligations que pour l'une des parties (3).

2° La division dont il s'agit ne s'identifie point avec la précédente. Certaines conventions à titre onéreux, telles que le prêt d'argent à intérêt, sont unilatérales, et, parmi les conventions à titre gratuit, quelques-unes sont bilatérales, par exemple la donation modale et le mandat.

§ 366—(1) Cf. ci-après § 387, I, A°. — (2) § 389, I, 1°.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 295.
§ 367—(1) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 2. — (2) D. 17, 1, *mand.*, L. 12, § 7.
(3) Cf. I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 2

IV. Conditions des conventions.

L. 3, 19, et C. 8, 38 (39), *de inutilibus stipulationibus.*

§ 368. *Énumération.*

Pour être valable, une convention exige la capacité des contractants (§ 369), une prestation susceptible d'en faire l'objet (§ 370-373) et le consentement des parties (§ 374-381). Beaucoup de conventions sont en outre subordonnées à une solennité; toutes celles qui n'ont pas été élevées au rang de contrats consensuels ou de pactes confirmés, ont seulement force civile si elles ont été revêtues de la forme de la stipulation (§ 374 i. f.). On ne peut considérer comme une condition spéciale la cause, c'est-à-dire le motif *juridique* qui détermine les parties à contracter. Pour les conventions à titre onéreux, ce motif juridique n'est autre que la prestation à faire par la partie adverse. Pour les conventions à titre gratuit, il en est de même du motif juridique du gratifié; quant à celui de l'auteur de la libéralité, c'est la volonté de gratifier ou le consentement. La cause rentre donc dans les autres conditions des conventions. Le motif *de fait* qui détermine à contracter, n'est en aucune façon un élément de la convention; en réalité il est étranger à celle-ci.

A) *De la capacité des contractants;* § 369.

En principe, toute personne est capable de conclure une convention; la capacité de contracter constitue la règle, l'incapacité l'exception.

1° Sont incapables d'une manière absolue, pour toutes les conventions, les impubères âgés de moins de sept ans (1), les aliénés sauf dans un intervalle lucide (2) et ceux qui sont dans un accès de colère (3) ou dans un état d'ivresse (4) tel qu'ils ont perdu l'usage de la raison. Toutes ces personnes sont dépourvues de volonté et par

(1) I. *h. t.*, § 10 cbn. avec § 8. — (2) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 2.
(3) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 48. — (4) Arg. L. 48 cit.

conséquent ne peuvent donner un consentement; or celui-ci est de l'essence de la convention (5). Chaque fois qu'une convention est nécessaire dans l'intérêt d'un enfant ou d'un aliéné, si celui-ci est sous puissance, son père de famille (6) et, dans le cas contraire, son tuteur (7) ou son curateur (8) doivent la conclure en son lieu et place. S'il s'agit d'une aliénation à faire pour compte d'un enfant ou d'un aliéné *sui juris*, elle doit en outre être homologuée par un décret du magistrat après une enquête préalable (9).

2° Sont capables de stipuler, mais non de promettre, les impubères âgés de sept ans (10) et, s'ils ont été mis sous curatelle, les faibles d'esprit (11) et les prodigues (12). Ces personnes ayant une volonté peuvent donner un consentement véritable et, comme les pures stipulations doivent nécessairement améliorer leur condition, une incapacité n'avait pas de raison d'être. Mais les impubères sortis de l'enfance, les prodigues et les faibles d'esprit interdits n'ont pas de volonté suffisante; ils auraient pu faire à la légère des promesses onéreuses; leur incapacité de promettre les protège contre une lésion (13). — En ce qui concerne les pubères encore mineurs, il faut distinguer. S'il s'agit de mineurs *sui juris* et ayant, ce qui était la règle, un curateur général, ils sont incapables de conclure une convention qui implique une aliénation de leur part ou même tend simplement à la faire; ils sont capables de contracter dans tous les autres cas. D'après cela ils ne peuvent faire un prêt de consommation (14) ou une vente (15), mais ils peuvent acheter, emprunter, donner ou prendre en location, etc.; ces contrats les obligent (16), sauf qu'ils ont la faculté de se faire restituer en entier pour cause de lésion et que leurs biens ne

(5) I. *h. t.*, § 8. — (6) C. 5, 70, *de curat. fur.*, L. 7, pr.
(7) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9, pr., v^is quod si......... dandam.
(8) Arg. C. 5, 70, *de curat. fur.*, L. 7, pr.
(9) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22, pr. et § 1; C. 5, 70, *de curat. fur.*, L. 2.
(10) I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. initio. — (11) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 initio.
(12) L. 6 initio, cit. — (13) I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. initio.
(14) Arg. C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 initio.
(15) L. 3 initio, cit. Voyez encore D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 60.
(16) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 101, L. 141, § 2 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 43 initio

peuvent être aliénés sans un décret du magistrat(17). Beaucoup d'auteurs refusent aux mineurs sous curatelle toute capacité de contracter des obligations. S'il en était effectivement ainsi, l'incapacité de ces mineurs serait la même que celle des impubères, et l'on ne s'expliquerait pas pourquoi les uns reçoivent un curateur appelé à donner un simple consentement, et les autres un tuteur qui interpose son autorisation solennelle; la distinction entre cette tutelle et cette curatelle serait vide de sens(18). Si au contraire les mineurs pubères sont *sui juris*, mais sans curateur général, ou bien s'ils sont sous puissance paternelle, ils sont d'une manière générale capables de contracter(19), sauf le bénéfice de la restitution en entier(20) et la nécessité d'un décret du magistrat pour les aliénations des biens de mineurs *sui juris*(21). — Lorsque, en vertu des règles précédentes, les mineurs sortis de l'enfance, les faibles d'esprit ou prodigues sous curatelle sont incapables de contracter, la convention doit être conclue par leur père de famille, s'ils sont sous puissance(22), par leur tuteur(23) ou par leur curateur(24), s'ils sont *sui juris;* ou bien encore, ils doivent contracter eux-mêmes avec l'autorisation de leur tuteur(25) ou le consentement de leur curateur(26); les aliénations des biens d'incapables *sui juris* exigent en outre un décret du magistrat(27).

(17) C. 5, 71, *de praed. v. al. reb. min.*, L. 4; C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22, pr. et § 1.

(18) Voyez en notre sens DE SAVIGNY, *Vermischte Schriften* II, n° 18, p. 383-386, Berlin, 1850, VANGEROW, I, § 291, *Anm.* 2, MAYNZ, III, § 356, p. 185-186, et WINDSCHEID, I, § 71, 4°, b, et note 8. Contra PUCHTA, *Instit.* II, § 202, 2°, c, et note *aa*, *Pand.*, § 51, et note d, et *Vorles.* I, § 51, p. 104-106, MACHELARD, *Obligations naturelles*, p. 241-264, DEMANGEAT, I, p. 410-411, et IHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. deuts. Privatrechts* II, p. 383-410, Iéna, 1882.

(19) Arg. C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 i. f. — (20) L. 3 i. f., cit.

(21) Voyez les textes de la note 17.

(22) Arg. C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 18, pr.

(23) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9, pr. i. f.

(24) Arg. C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 1. — (25) I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. initio.

(26) Arg. C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 initio.

(27) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22, pr. et § 1, L. 28, § 5.

3° Comme il a été expliqué ailleurs[28], les conventions qui sont conclues par des esclaves ou entre personnes unies par la puissance paternelle créent de simples obligations naturelles.

Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 8).

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas : quod si aliis pupilli promittant, necessaria est; namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore (I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr.).

Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet (C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3).

Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 101).

B) *Des prestations susceptibles de faire l'objet d'une convention.*

§ 370. *Généralités.*

Comme l'objet de tout acte juridique[1], la prestation qui fait l'objet d'une convention, doit réunir trois caractères : elle doit présenter de l'intérêt pour le stipulant, être suffisamment déterminée et être possible (§ 371-373).

§ 371. *De l'intérêt que doit présenter la prestation.*

En vertu d'un principe général sur les actes juridiques[1], l'intérêt que la prestation doit présenter pour le stipulant, n'a pas besoin d'être pécuniaire ou estimable en argent; il peut être moral

(28) T. II, § 329, 2°.
§ 370—(1) Cf. ci-dessus T. I, § 73, II.
§ 371—(1) T. I, § 73, II, 1°.

et même de simple agrément; le cas échéant, le juge condamnera le promettant à payer, à titre de peine, une certaine somme d'argent, qu'il fixera équitablement d'après les circonstances. De plus, en l'absence d'un intérêt quelconque à une prestation, on stipule valablement une peine pour le cas où cette prestation ne serait pas exécutée (2), car on a intérêt au payement de la peine.

§ 372. *De la détermination de la prestation.*

1° Si la convention porte sur une chose corporelle, il faut avant tout que celle-ci soit déterminée quant à son genre; on ne peut promettre un animal en général, sinon il dépendrait du promettant de faire une prestation dérisoire; la convention n'est donc pas sérieuse (1). Il faut ensuite et pour le même motif déterminer le nombre ou la quantité des choses qui doivent être prestées, toutes les fois que, sans cette détermination, le promettant pourrait faire une prestation dérisoire; la promesse de blé en général est nulle (2). Enfin, si le genre comprend une variété telle d'individus qu'il est impossible de déterminer un individu de valeur moyenne, la convention doit elle-même indiquer l'individu à fournir par le débiteur (3) ou ajouter au genre une désignation spéciale qui permette d'arriver à la détermination de la chose. D'après cela on promet valablement un cheval *in genere* ou un bœuf *in genere* (4), car on peut se représenter un cheval ou un bœuf de valeur moyenne. Mais la promesse d'un fonds de terre ou d'une maison *in genere* est nulle, si elle n'est pas accompagnée d'une désignation spéciale (un fonds de terre de telles qualité et contenance et situé dans telle localité — une maison convenable pour le stipulant, dans telle ville); il n'existe pas de moyenne générale pour les fonds de terre et les maisons et partant la détermination de la prestation est impossible.

2° Il n'est pas nécessaire que le contrat lui-même fasse la déter-

§ 371—(2) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 19, v^is Plane si........

§ 372—(1) Cf. D. 45. 1, *de V. O.*, L. 108, § 1. — (2) D. *eod.*, L. 94.

(3) D. *eod.*, L. 115, pr. initio. — (4) D. *eod.*, L. 54, pr.

mination de la prestation. Il suffit qu'il contienne les éléments qui conduisent à cette détermination (5). C'est ainsi qu'on peut vendre une chose pour le prix que fixera Titius (6); l'estimation de Titius déterminera le prix (6). Toutefois elle doit, d'après l'intention des parties, former un *boni viri arbitrium* (7); si elle est faite de mauvaise foi, elle est rescindable pour cause de dol de l'arbitre (8). D'autre part, lorsque les éléments contenus dans le contrat ne conduisent pas à la détermination de la prestation, le contrat est considéré comme non avenu (9); tel est le cas où Titius désigné pour la fixation du prix de vente ne veut ou ne peut faire l'estimation (10). En effet, le contrat était conclu sous la condition qu'à l'aide des éléments convenus, la prestation serait précisée et cette condition est défaillie (11). Lorsque le prix de vente devait être fixé par Titius, l'un des contractants ne peut donc exiger la nomination d'un nouvel arbitre; cette prétention est contraire au contrat par lequel les parties ont placé leur confiance en un tiers déterminé.

Si, cum destinare genus et modum (*scilicet tritici*) vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 94).

Si quis fundum jure hereditario sibi delatum ita vendidisset : 'erit tibi emptus tanti, quanti a testatore emptus est', mox inveniatur non emptus, sed donatus testatori, videtur quasi sine pretio facta venditio, ideoque similis erit sub condicione factae venditioni, quae nulla est, si condicio defecerit (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 37).

(5) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 7, § 1; Cf. D. 34, 1, *de alim. v. cib. leg.*, L. 10, § 2. — (6) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 1. — (7) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 24, pr.

(8) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 76-80. Voyez en ce sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 441, et note g, et VANGEROW, III, § 632, *Anm.*, nº I, 2º, b initio. Contra MOLITOR, cité, T. I, nº 394, et T. II, nº 638, et MAYNZ, II, § 209, B, et note 28 initio, et § 226, 4º. — (9) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 37.

(10) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 1 i. f.

(11) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 37 i. f.; I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 1.

§ 373. *De la possibilité de la prestation.*

L'impossibilité d'une prestation peut être physique ou juridique.

I. Une prestation est physiquement impossible, lorsqu'elle est contraire aux lois de la nature (1); la convention qui porte sur une semblable prestation, manque d'objet véritable. Ainsi :

1° On ne peut stipuler une chose qui n'existe pas actuellement et n'est pas susceptible d'arriver à l'existence (2), par exemple une chose qui a péri au moment du contrat (3). Mais on stipule valablement des choses futures qui, comme les fruits à naître, sont susceptibles d'exister (4), et même la simple espérance ou chance de voir exister des choses futures, telles qu'une récolte (5). Lorsque le contrat se rapporte à une chose qui a péri, il est indifférent au point de vue de sa validité que les parties aient connu ou ignoré la perte; un contrat sans objet ne se comprend point, et la bonne ou la mauvaise foi des parties est impuissante à lui donner l'existence (6). Mais, si l'un des contractants a été trompé par l'autre au sujet de la perte de la chose, il a droit à des dommages et intérêts du chef de dol, et dans le cas où il s'agit d'un contrat de bonne foi, il dispose même à cette fin de l'action naissant du contrat (7); à ce point de vue le contrat est censé exister, à l'effet d'exclure l'action de dol qui entraînait l'infamie pour le défendeur succombant. A l'occasion des contrats de droit strict, il y a lieu à l'action de dol en obtention des dommages et intérêts (8).

2° On ne peut pas davantage stipuler sa propre chose (9), ni stipuler par rapport à elle un droit quelconque (10). Il est impossible d'acquérir une chose dont on est déjà propriétaire ou d'acquérir relativement à elle un droit autre que la propriété, car ce dernier

(1) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 35, pr. — (2) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 1.
(3) § 1 initio, cit.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 9.
(4) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 8, pr. initio. — (5) L. 8, § 1 initio, cit.
(6) D. *eod.*, L. 57, pr. initio et § 1 initio.
(7) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62, § 1.
(8) Arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 7, § 3. — (9) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 82, pr. initio.
(10) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45, pr.

droit étant illimité comprend tous les droits imaginables. Et la stipulation ne devient pas valable par cela seul que le stipulant cesse d'être propriétaire de la chose stipulée; une convention inexistante reste inexistante malgré la disparition du vice qui l'entache(11). Mais l'on stipule valablement sa propre chose pour le cas où l'on cesserait d'en être propriétaire(12). On peut même la stipuler sous toute autre condition, avec cet effet que le contrat sera valable si, au moment où la condition s'accomplit, on a perdu la propriété de la chose(13). Sous ces rapports, la prestation convenue ne renferme aucune impossibilité.

L'impossibilité qui résulte des lois de la nature, est absolue. On lui oppose, sous le nom d'impossibilité relative, celle qui est personnelle au promettant. Une impossibilité de la dernière espèce ne vicie point la convention(14); le promettant qui ne peut satisfaire à son obligation, est tenu de payer des dommages et intérêts; il doit s'imputer à lui même d'avoir pris un engagement qui dépasse ses forces; il supporte les conséquences de sa faute. En vertu de ce principe, on promet valablement la chose d'autrui par une convention quelconque(15) et en particulier la vente de la chose d'autrui est valable(16); le promettant doit, sous peine de dommages et intérêts, acquérir la chose pour la livrer ensuite au stipulant. Cette acquisition préalable de la chose n'a rien de contraire aux lois naturelles ni à la loi; si le promettant ne parvient pas à la faire, l'impossibilité qui en résulte pour lui d'exécuter son obligation, est simplement relative.

II. Une prestation est juridiquement impossible lorsqu'elle est contraire à la loi, ce qui arrive de deux façons :

1° Lorsque, par suite d'une disposition de la loi, la prestation convenue ne peut pas du tout s'effectuer; tel est le cas où l'on vend soit une chose hors du commerce(17), soit une chose dans le

(11) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 29. — (12) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 31.
(13) L. 31 cit. — (14) D. *eod.*, L. 137, § 4-5.
(15) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 15, § 3 i. f.
(16) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 28.
(17) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio. Cf. ci-dessus T. 1, § 60.

commerce que la loi défend d'aliéner, comme elle le fait pour les immeubles dotaux[18]. Dans l'espèce, la prestation convenue est tout aussi impossible que celle d'une chose qui a péri au jour du contrat, peu importe que ce soit à raison d'une disposition légale et non en vertu des lois naturelles ; le contrat manque absolument d'objet. La convention relative à une chose hors du commerce reste sans valeur malgré la rentrée subséquente de cette chose dans le commerce[19]; le néant ne peut devenir valable. Mais, si la convention relative à une chose hors du commerce est nulle, la partie qui a trompé l'autre au sujet de la nature de la chose, n'en est pas moins tenue de lui payer des dommages et intérêts[20] ; elle est soumise de ce chef à l'action naissant du contrat dans le cas où celui-ci est de bonne foi[21]. Aux choses hors du commerce il faut assimiler les choses dans le commerce qui sont placées hors du commerce particulier du stipulant; la loi s'oppose d'une manière absolue à ce que de pareilles choses soient prestées au stipulant[22]. Mais la promesse d'une chose placée hors du commerce particulier du promettant est valable; l'impossibilité de prester un pareille chose est simplement personnelle au promettant, qui devra des dommages et intérêts[23]. C'est ainsi que, pour éviter des abus d'autorité, les fonctionnaires provinciaux pouvaient seulement stipuler dans leur province pour les besoins ordinaires de la vie[24]; l'achat qu'ils faisaient d'immeubles provinciaux, était nul[25], mais ils vendaient valablement ces immeubles.

2° La prestation convenue est encore juridiquement impossible lorsque, tout en étant susceptible de s'effectuer, elle est contraire à une loi d'intérêt général[26] ou aux bonnes mœurs[27], qui elles aussi sont d'intérêt général. Une pareille prestation ne pouvant s'effectuer que par une violation de la loi est juridiquement

(18) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 42 initio. Cf. ci-dessus T. I, § 210.
(19) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio.
(20) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62, § 1. — (21) Arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 7, § 3.
(22) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio. — (23) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 34.
(24) D. 1, 16, *de off. procons.*, L. 6, § 3 i. f.
(25) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62, pr. — (26) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 38.
(27) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 26.

impossible dans le sens large de ces mots; la loi ne peut sanctionner des conventions qui blessent ses dispositions d'intérêt général. Sont nulles de ce chef les conventions qui ont pour objet de faire commettre un délit[28], la stipulation portant qu'on ne répondra pas de son dol dans l'exécution d'une obligation[29], les conventions conclues sous une condition illicite ou immorale, contraire à une loi d'intérêt général ou aux bonnes mœurs[30], etc.

Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero vel jam mortuo vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum esse vel mortuum esse vel aedes deustas esse (D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 9).

Nemo rem suam utiliter stipulatur (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 82, pr.). Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest (D. 50, 17 *de R. J.*, L. 45, pr.).

Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137, § 5).

Concessum est stipulari rem etiam quae promissoris non sit (D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 15, § 3). Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 28).

Inutilis erit stipulatio.. si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuit, vel rem suam dari quis stipuletur (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 1-2).

Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet (I. *eod.*, § 24).

(28) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 24; D. 17, 2, *pro socio*, L. 57.
(29) Cf. ci-dessus T. II, § 296, II. — (30) Cf. ci-après § 379, I, 2°.

C) *Du consentement des parties.*

§ 374. *Règles générales.*

I. Dans le sens large, le consentement (*consensus*, de *cum* et *sentire*, être en communauté de sentiment) est le concours de volontés de plusieurs personnes sur un point quelconque[1]. S'il s'agit d'une convention destinée à créer une obligation, le consentement est le concours de volontés du débiteur et du créancier sur la prestation à effectuer par le débiteur. Ce concours doit d'ailleurs être manifesté extérieurement; s'il est encore renfermé dans le for intérieur, il est inexistant au point de vue juridique[2]. Le consentement suppose :

1° L'offre d'une prestation de la part du débiteur; si cette offre porte sur une prestation future, elle se présente sous la forme d'une promesse[3].

2° Le créancier doit avoir accepté l'offre telle qu'elle lui était faite[4].

3° Le débiteur doit avoir connaissance de cette acceptation; aussi longtemps qu'il l'ignore, il n'y a pas de consentement. Cette condition se fonde sur le sens naturel du mot consentement, lequel implique une communauté de sentiment, et sur le but de la convention; celle-ci est destinée à obliger les parties conformément à leur volonté commune; dès lors les contractants doivent connaître leur volonté respective. En conséquence, si l'acceptation se fait par lettre ou par messager, le consentement n'existe qu'au moment où le promettant reçoit connaissance de la lettre ou du message[5].

(1) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 1, § 1-2. — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 69, 2°.

(3) Cf. D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 3, pr. initio.

(4) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52, § 2; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 23.

(5) Voyez en ce sens Regelsberger, *Civilrechtliche Erörterungen*, § 5-8, Weimar, 1868, Vangerow, III, § 603, *Anm.* 1 initio et n°s 1-4, et Maynz, II, § 200, note 11. Contra Unterholzner, cité, T. I, § 26, I, de Savigny, *System* VIII, § 371, p. 235-237, et Molitor, cité, I, n° 49.

Tant que ces éléments du consentement ne sont pas réunis, il n'y a pas de convention, mais une simple pollicitation ou bien des pourparlers. On appelle pollicitation l'offre non encore acceptée(6); par elle-même elle n'est pas obligatoire(7), car le pollicitant a seulement voulu s'engager pour le cas où son offre aurait été acceptée; ce n'est que dans certains cas exceptionnels que la loi attache une obligation à une simple offre(8). Le pollicitant n'étant pas obligé sur le seul fondement de son offre, est libre de la retirer; en la retirant, il la rend non avenue et une acceptation ultérieure de la partie adverse devient impossible; elle n'a plus d'objet. En outre, si le pollicitant ou la partie adverse décède, l'offre ne peut plus être acceptée soit vis-à-vis des héritiers du pollicitant, soit de la part des héritiers de la partie adverse(9). La pollicitation ne passe pas aux héritiers, car elle ne crée aucun droit entre parties; on ne peut considérer comme un droit la faculté d'accepter l'offre, puisque le pollicitant n'a pas le devoir de la maintenir; un droit sans un devoir corrélatif ne se comprend point. De même le promettant peut révoquer son offre déjà acceptée, s'il ne connaît pas encore l'acceptation de la partie adverse. De simples pourparlers c'est-à-dire un échange d'observations sur un projet de contrat n'est pas davantage obligatoire.

Quid si on fait une promesse au public « qu'on payera telle ou « telle chose à celui qui effectuera une certaine prestation, par « exemple à celui qui rapportera un objet perdu ou sera vainqueur « dans un concours »? Si un tiers réalise la prestation en vue de laquelle l'offre a été faite, il accepte celle-ci et, comme sa propre prestation intervient en vue d'une prestation réciproque, elle forme un contrat réel innomé qui donne lieu à l'action *praescriptis verbis*(10).

(6) D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 3, pr. initio. — (7) Paul, V, 12, § 9 initio.

(8) Cf. ci-après § 506. — (9) D. 39, 5, *de donat.*, L. 2, § 6.

(10) Cf. D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 10, et D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 19 i. f. Voyez en ce sens Tzschirner, *De indole ac natura promissionis popularis ' Auslobung' quam vocant*, § 5-7 et 9-11, Berlin, 1869, et Windscheid, II, § 308, 1° et note 3. D'autres admettent ici non pas un contrat, mais une pollicitation obligatoire

II. En principe, le consentement peut être donné d'une manière quelconque; aucune forme n'est nécessaire. Ainsi :

1° Le consentement ne doit pas être donné en termes solennels(11), ni même être exprès; il peut être tacite(12). Il est exprès, si les parties manifestent directement la volonté de consentir. Il est tacite, s'il consiste en des actes qui, sans avoir pour but direct de consentir, n'admettent cependant pas d'autre explication raisonnable que celle d'un consentement. Le consentement tacite résulte même du simple silence lorsqu'on devait parler en cas de dissentiment et qu'il était possible de parler; *qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur** (13).

2° Le consentement peut être exprimé de vive voix; un écrit est inutile; si les parties en rédigent un, il ne sert qu'à la preuve du contrat(14). Mais il en est autrement si, au moment même du contrat, les parties conviennent de le mettre par écrit; alors le contrat ne devient parfait que par la rédaction de l'écrit; jusque-là chaque partie peut se rétracter en refusant de signer(15). Dans l'espèce, les parties font naturellement de l'écrit une condition de la perfection du contrat; elles ne veulent pas avant la rédaction de l'écrit se lier d'une manière définitive. D'un autre côté, le consentement ne doit pas être exprimé de vive voix; il peut l'être par un simple signe de tête affirmatif(16), par lettre ou par messager(17).

(PUCHTA, *Pand.*, § 259, 4°, et BRINZ, II, § 307). D'autres encore excluent toute obligation, du moins au point de vue du droit romain (DE SAVIGNY, cité, II, § 61, p. 90-91. — REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, § 41, p. 197-198, VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, nos 2-3. — IHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. deuts. Privatrechts* I, p. 408-409, Iéna, 1881).

Il y a plus, par cela seul qu'un tiers a fait des travaux dans le but de mériter la chose promise, il existe déjà un contrat conditionnel et le promettant ne peut plus retirer son offre, pas même en indemnisant le tiers pour les travaux effectués; le motif est le même que celui qui a été indiqué ci-dessus en faveur d'une convention pure et simple. Contra TZSCHIRNER, cité, § 11, et WINDSCHEID, II, § 308, 1°, et note 7. — (11) C. 8, 37 (38) *de contr. et committ. stipul.*, L. 10.

(12) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, pr. i. f. et § 1. — (13) D. 19, 2, *loc.*, L. 13, § 11, L. 14.

(14) D. 22, 4, *de fide instrum.*, L. 4. — (15) C. 4, 21, *eod.*, L. 17, pr. (L. 17 initio).

(16) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52, § 10. — (17) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, pr.

Dans le dernier cas, la partie contractante est la personne qui a envoyé le messager, ce n'est pas le messager; celui-ci est un simple organe de l'expéditeur, un instrument par lequel il consent, une sorte de lettre vivante (18). Mais, à proprement parler, on ne contracte point par l'intermédiaire d'un représentant tel qu'un mandataire, un tuteur, un curateur ou un gérant d'affaires. C'est le représentant qui est la partie contractante, sauf que, dans le nouveau droit romain, la plupart des effets du contrat sont en fait transférés sur la tête du principal, à l'exclusion du représentant, comme il sera expliqué plus loin (19).

Plusieurs conventions dérogent à ces règles. Le contrat verbal de stipulation, le plus important des contrats romains, exige un consentement donné de vive voix et par une question du créancier et une réponse du débiteur (20); la nécessité du consentement oral exclut ici le consentement par le silence, par le signe de tête affirmatif (21), par lettre ou par messager (22). Ajoutons encore que les donations supérieures à 500 solides (environ 7500 fr.) requièrent l'insinuation ou la transcription dans les registres judiciaires (23).

Il nous reste à examiner l'erreur, le dol, la violence, la simulation, la condition, le terme et le mode qui accompagnent souvent la formation des conventions ou bien y sont ajoutés par les parties (§ 375-381).

Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur (Paul, V, 12, § 9).

Si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat (D. 39, 5, *de donat.*, L. 2, § 6).

Labeo ait convenire posse vel re : vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur (D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, pr.).

(18) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 14, § 3, L. 15. — (19) § 393, II et III.
(20) I. 3, 15, *de V. O.*, pr. initio. — (21) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 1, § 2.
(22) Gaius, III, 136 i. f.
(23) I. 2, 7, *de donat.*, § 2, vis Et cum retro......... firmitatem.

Fiunt.. scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit : et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem (D. 22, 4, *de fide instrum.*, L. 4).

§ 375. *De l'erreur.*

Richelmann, *Der Einfluss des Irrthums auf Verträge*, Hanovre, 1837, 2de édition.

L'erreur est une cause d'inexistence de la convention lorsqu'elle est essentielle, c'est-à-dire lorsqu'elle exclut le consentement des parties(1); dans ce cas, il n'y a pas de convention, parce qu'il n'y a pas de consentement. La règle doit être suivie bien que l'erreur essentielle soit inexcusable; la grossièreté d'une erreur ne peut faire qu'il y ait une convention sans consentement. Par contre, l'erreur accidentelle ou non exclusive du consentement ne produit, comme telle, aucun effet(2); elle n'empêche pas la convention d'exister(2) et ne permet de demander ni la rescision de la convention, ni des dommages et intérêts ou une diminution du prix. La partie qui est tombée dans l'erreur, doit s'imputer à elle-même de s'être trompée; elle pouvait et devait, avant de contracter, prendre les renseignements nécessaires; elle ne peut rien reprocher à la partie adverse. Au reste, les erreurs qui accompagnent la conclusion des contrats sont tellement fréquentes qu'on n'aurait pu y avoir égard sans ébranler la force obligatoire des conventions. Pour savoir si l'erreur est essentielle ou accidentelle, il faut considérer plusieurs hypothèses.

I. *De l'erreur relative à la convention.* 1° L'erreur relative à la convention est évidemment essentielle lorsqu'elle porte sur l'espèce de contrat qu'il s'agissait de conclure, lorsque chaque partie à eu en vue un contrat différent; par exemple je vous remets 1000 as dans l'intention de vous les prêter, vous croyez recevoir une libéralité. Dans ce cas, il n'existe qu'une volonté unilatérale par rapport à chaque contrat, et non un consentement sur l'un ou sur l'autre(3). Il y a donc lieu à la *condictio indebiti*(4). Mais la

(1) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 57. — (2) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9, § 1.
(3) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18, pr. initio. — (4) Cf. D. 18, pr. i. f., cit.

propriété de la chose livrée n'en est pas moins transférée si, malgré le désaccord sur le contrat, il y a consentement des parties sur le transfert de la propriété, comme dans le cas cité ci-dessus (5); en effet, ce consentement forme la juste cause de tradition (6) et toutes les autres conditions d'une tradition valable étant réunies, la propriété doit être acquise à l'*accipiens*. Le *tradens* ayant perdu la propriété ne saurait être admis à revendiquer la chose livrée.

2° L'erreur relative à la convention est encore essentielle lorsque les parties, tout en voulant conclure la même espèce de contrat, ont voulu chacune contracter sous une modalité différente, par exemple l'une purement et simplement, l'autre sous condition ou à terme (7). Le consentement fait défaut sur le contrat avec l'une ou l'autre modalité.

II. *De l'erreur relative à la chose qui fait l'objet de la convention.*

1° Cette erreur est essentielle lorsqu'elle porte sur l'individualité de la chose, c'est-à-dire lorsque chaque partie a eu en vue un objet différent (*error in corpore*). Des deux parties l'une veut vendre le cheval A, l'autre veut acheter le cheval B; il n'y a vente ni du cheval A, ni du cheval B; car le consentement des parties fait défaut pour l'un et pour l'autre cheval (8).

2° Est encore essentielle l'erreur relative à une qualité constitutive du genre de la chose, de sorte que la chose appartient à un genre autre que le genre supposé; par exemple j'achète un objet de cuivre croyant que c'est un objet d'or (9). En effet celui qui contracte sur une chose, a autant en vue le genre de la chose que son individualité; si j'ai acheté un objet de cuivre croyant qu'il était d'or, j'ai contracté en vue d'une chose tout à fait différente de celle qu'on a voulu me vendre (10); mon consentement fait donc défaut. Au reste, la diversité des genres doit être appréciée d'après les habitudes de la vie et du commerce plutôt qu'au point de vue chimique; celui qui achète du vinaigre de vin pour du vin,

(5) D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 36 i. f. — (6) Cf. ci-dessus T. I, § 174, 4°.
(7) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 5 initio. — (8) I. *eod.*, § 23.
(9) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9, § 2, L. 14 i. f.
(10) L. 9, § 2, cit., v^is aliud pro alio venisse videtur.

commet une erreur essentielle (11). Toutefois, s'il s'agit d'une convention unilatérale et que l'erreur relative au genre de la chose ait été commise par le stipulant, l'erreur est évidemment accidentelle ; car le stipulant veut dans tous les cas recevoir la chose stipulée plutôt que de ne rien recevoir (12).

3° Par contre l'erreur est toujours accidentelle, si elle tombe sur une qualité qui n'est pas constitutive du genre de la chose, par exemple quelqu'un achète par erreur du vin aigri (13) ou bien un cheval ordinaire croyant que c'est un cheval de course ; d'accord avec le vendeur sur l'identité et le genre de la chose, il consent pleinement à l'achat. Mais le vendeur est tenu à garantie du chef des qualités qu'il a promises d'une manière expresse ou tacite (14), et du chef des vices cachés de la chose ; si quelqu'un vend un cheval comme cheval de course, il doit garantir cette qualité.

III. *De l'erreur relative à la personne de la partie adverse.* Cette erreur est seulement essentielle sous deux conditions.

1° Il faut qu'elle porte sur l'individualité de la partie adverse ; l'on doit avoir voulu contracter avec une personne physiquement différente de celle vis-à-vis de laquelle on a consenti. L'erreur est simplement accidentelle si, voulant contracter avec l'individu physique vis-à-vis de qui l'on a consenti, on se trompe sur ses qualités ; on n'en a pas moins voulu contracter avec lui.

2° Il faut qu'il s'agisse d'une convention dont la cause déterminante est la considération de la personne de la partie adverse ; si cette personne est indifférente, l'erreur relative à son individualité ne peut être qu'accidentelle. D'après cela, l'erreur sera essentielle dans les conventions à titre gratuit, si elle porte sur l'individualité du gratifié. Elle le sera encore dans les conventions à titre onéreux si l'on avait en vue l'habileté ou la solvabilité de la partie adverse, car de l'habileté dépend la qualité de la prestation et à la solvabilité est subordonnée la réalisation même de la prestation. Telle

(11) L. 9, § 2, cit. — (12) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 22.
(13) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9, § 2. — (14) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 21, § 2.

est l'erreur sur l'identité de l'ouvrier dans le louage de services en général et parfois aussi dans le louage qui a pour objet un ouvrage déterminé. Telle est aussi l'erreur sur l'identité de l'associé, de l'emprunteur, de l'acheteur ou du preneur. Dans tous ces cas, on ne voulait consentir que vis-à-vis d'une personne déterminée, et celle-ci a fait défaut; le consentement est donc exclu. Mais l'erreur sur l'identité du maître dans le louage de services ou bien sur celle du prêteur, du vendeur ou du bailleur est accidentelle; le contrat n'est pas conclu en considération de ces personnes.

IV. *De l'erreur relative aux motifs de fait qui déterminent à contracter.* Cette erreur est toujours accidentelle. Les motifs de fait ne forment pas un élément de la convention; ils sont, à vrai dire, étrangers à la convention elle-même et partant une erreur sur ces motifs ne saurait exclure le consentement (15).

In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit (D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 57).

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse : sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse (D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18, pr.).

Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 36).

Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 23).

(15) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 65, § 2.

Si.. aes pro auro veneat, non valet *(scilicit venditio)* (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 14).

Id.. quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 65, § 2).

§ 376. *Du dol.*

D. 4, 3, et C. 2, 20 (21), *de dolo malo.*

I. *Historique.* L'ancien droit romain n'avait aucun égard au dol commis à l'occasion de la conclusion d'un contrat(1). Les parties qui voulaient se prémunir contre la fraude, devaient avoir soin de faire une convention spéciale pour le cas où une fraude aurait été commise (*clausula doli*) (2). Ce fut le préteur C. Aquilius Gallus, un contemporain de Cicéron, qui permit à la partie trompée de réclamer de plein droit contre le dol employé à son égard; il lui accorda l'action de dol (3).

II. *Condition.* Pour que le dol ait de l'influence sur la convention, il doit avoir été pratiqué par la partie adverse (4); s'il a été commis par un tiers, la convention produit ses pleins effets (5). La raison en est que la partie trompée par un tiers ne peut rien reprocher à la partie adverse; celle-ci doit recueillir tout le bénéfice du contrat; le dol du tiers ne doit pas lui nuire. Toutefois, si par suite du prêt frauduleux de faux poids de la part d'un tiers, un vendeur avait livré une quantité de marchandises trop forte ou trop faible, il va de soi que le vendeur pourrait répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il aurait livré de trop et que l'acheteur disposerait de l'*actio empti* pour obtenir le manquant (6). Si la partie trompée n'a pas d'action contre la partie adverse (7) ou bien si cette action ne lui procure pas une réparation complète du préjudice éprouvé, surtout à raison de l'insolvabilité de la

(1) Cic., *de offic.* III, 14. — (2) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 22 i. f.
(3) Cic., *de natura deor.* III, 30. — (4) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2, § 1.
(5) Arg. D. *h. t.*, L. 7, § 10, L. 8. — (6) D. *h. t.*, L. 18, § 3.
(7) D. *h. t.*, L. 7, § 10, L. 8.

partie adverse (8), elle peut agir par l'action de dol contre le tiers auteur de la fraude.

III. *Effets*. 1° Le dol n'est jamais une cause d'inexistence de la convention, car il n'exclut point le consentement des parties; pour avoir été déterminé par des manœuvres frauduleuses, le consentement n'en existe pas moins; on peut dire du contractant trompé : *deceptus voluit, sed tamen voluit** (9). Sans doute, si le dol est accompagné d'une erreur essentielle, la convention est inexistante; mais cette inexistence résulte de l'erreur et non du dol. Le dol produit d'autres effets, qui diffèrent selon qu'il est principal ou accessoire. Il est principal (*causam dans contractui**) s'il est la cause déterminante de la convention, de sorte que sans la fraude on n'eût contracté en aucune façon; un pareil dol permet de demander la rescision de la convention (10), indépendamment de tous autres dommages et intérêts (11). C'est que sans ce dol le contrat n'aurait pas été conclu; le dommage qu'il a causé consiste dans la conclusion du contrat; dès lors la réparation du dommage doit consister avant tout dans la rescision du contrat. Le dol accessoire (*dolus incidens in contractum**) détermine seulement à conclure à des conditions plus onéreuses une convention qu'on eût aussi conclue sans la fraude, mais à des conditions meilleures; par sa nature même, il n'autorise la partie trompée qu'à réclamer des dommages et intérêts (12) et non la rescision du contrat, car sans la fraude on eût également accepté le contrat, mais à des conditions moins onéreuses.

2° Si les deux parties se sont mutuellement trompées, aucune des parties ne peut contraindre l'autre à exécuter la convention; sa demande serait repoussée par une exception de dol, à laquelle le demandeur ne pourrait opposer une réplique de dol; il est juste qu'à raison de sa propre fraude il ne puisse réclamer le bénéfice du contrat (13). De même aucun des contractants

(8) Arg. D. *h. t.*, L. 5, L. 6. — (9) Arg. D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 21, § 5 initio.
(10) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 5. — (11) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62, § 1.
(12) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 4.
(13) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4, § 13.

ne dispose d'une action pour demander soit la rescision du contrat et la restitution de ce qu'il a déjà payé, soit des dommages et intérêts (14); son action serait encore repoussée par une exception de dol; comme il est personnellement coupable de fraude, il n'a pas qualité pour se plaindre du dol de la partie adverse (15). En résumé, la *statu quo* sera toujours maintenu, que le contrat n'ait encore reçu aucune exécution, ou bien qu'il ait été exécuté des deux côtés ou d'un seul.

IV. *Voies de droit.* Le dol donne lieu à l'action (16) et à l'exception (17) de dol, ainsi qu'à l'action naissant du contrat si celui-ci est de bonne foi (18). L'action de dol est arbitraire (19) dans le sens indiqué précédemment (20). Mais surtout elle est infamante; le défendeur condamné encourt l'infamie (21). C'est pourquoi l'action de dol est subsidiaire à toute autre voie de droit (22) et partant, s'il s'agit d'un contrat de bonne foi, la partie trompée ne peut y recourir, puisqu'elle dispose de l'action naissant de ce contrat (23). L'action de dol se prescrit par le court espace de deux ans (24); après ce délai, la partie trompée n'a plus qu'une action *in factum* pour obtenir la restitution du profit retiré du dol (25).

Docere.. debet is, qui objicit exceptionem (*scilicet doli*), dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum (D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2, § 1).

Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 1, § 5).

Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent (D. *h. t.*, L. 36).

(14) D. *h. t.*, L. 36; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 154.
(15) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57, § 3. — (16) D. *h. t.*, L. 1, § 1.
(17) I. 4, 13, *de except.*, § 1. — (18) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 32.
(19) I. 4, 6, *de action.*, § 31. — (20) T. I, § 99.
(21) I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2 initio. — (22) D. *h. t.*, L. 1, § 1 et 4.
(23) D. *h. t.*, L. 7, § 3 i. f. — (24) C. *h. t.*, L. 8. — (25) D. *h. t.*, L. 28 i. f.

§ 377. *De la violence.*

D. 4, 2, *quod metus causa gestum erit.*

C. 2, 19 (20) *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.*

SCHLIEMANN, *Die Lehre vom Zwange*, Rostock, 1861.
KRAMER, *De leer van den psychischen dwang in het burgerlijke Regt*, § 1-31, La Haye, 1864.
SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwange*, Leipzig, 1874.

I. *Notions générales.* Comme il a été expliqué dans la partie générale du Cours (1), la violence est physique ou morale, selon qu'elle résulte de la force matérielle ou de menaces. La violence morale exercée sur une partie contractante n'était pas prise en considération par l'ancien droit civil (2); ce fut le préteur Octavius, un contemporain de Cicéron, qui frappa d'inefficacité les conventions extorquées par des menaces et introduisit l'action de violence (2). Conformément à des explications antérieures (3), les menaces doivent avoir pour objet un mal à la fois considérable, imminent et injuste. Mais il n'est pas nécessaire qu'elles émanent de la partie adverse; elles peuvent provenir d'un tiers, avec ou sans la complicité de la partie adverse; il suffit que la convention elle-même soit entachée de violence (4); la partie qui se prétend violentée, doit seulement prouver qu'elle a été menacée par une personne quelconque (5). En effet, l'auteur des menaces est généralement inconnu (5); donc, si la partie violentée devait établir que les menaces proviennent de la partie adverse, on lui imposerait le plus souvent une preuve impossible et la partie adverse recueillerait le bénéfice du contrat, bien qu'elle soit presque toujours l'auteur ou le complice des menaces. On suit une autre règle pour le dol, parce que l'auteur de manœuvres frauduleuses est généralement connu (6).

II. *Effets de la violence morale.* Pas plus que le dol, la violence

(1) T. I, § 76, I. — (2) CIC., *in Verrem* II, lib. 3, c. 65. — (3) T. I, § 76, I.
(4) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4, § 33. — (5) D. *h. t.*, L. 14, § 3.
(6) Cf. § 376, II.

morale ne rend la convention inexistante[7], car elle n'exclut pas davantage le consentement; celui-ci, tout en ayant été extorqué par les menaces, n'en a pas moins été donné; on peut dire du contractant violenté : *coactus voluit, sed tamen voluit*[8]. Mais il peut demander la rescision du contrat[9], indépendamment de tous autres dommages et intérêts[10], et cela sans distinguer entre une violence principale et une violence accessoire, car les menaces déterminent d'une manière générale à conclure un contrat que sans la violence on n'eût conclu en aucune façon.

III. *Voies de droit naissant de la violence morale.* La violence morale produit l'action[11] et l'exception[12] de violence (*actio et exceptio quod metus causa*), l'action résultant du contrat extorqué si celui-ci est de bonne foi[13], le bénéfice de la restitution en entier[14] et même l'action[15] et l'exception[16] de dol, car le dol entendu dans un sens large comprend la violence morale. L'action de violence est soumise à plusieurs règles spéciales :

1° Elle est *in rem scripta*[17]; elle ne se donne pas seulement contre la partie adverse et contre le tiers coupable de violence, mais de plus contre un tiers détenteur quelconque de la chose extorquée[18]; elle suit cette chose entre quelques mains qu'elle passe.

2° L'action de violence est arbitraire[19]. L'*arbitrium* a pour objet la restitution de la chose extorquée et le payement de tous dommages et intérêts[20], sauf que le tiers détenteur de la chose extorquée n'est tenu que dans les limites du profit retiré de la violence[21]. Mais, à défaut d'exécution de l'*arbitrium* et en supposant l'action exercée dans l'année utile, un défendeur quelconque est condamné au quadruple des dommages et intérêts[22]; le simple

(7) Arg. D. *h. t.*, L. 21, § 4-5. — (8) Cf. L. 21 cit., § 5 initio. — (9) C. *h. t.*, L. 7.
(10) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62, § 1. — (11) D. *h. t.*, L. 9, § 3.
(12) I. 4, 13, *de except.*, § 1. — (13) Arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 32.
(14) D. *h. t.*, L. 9, § 4. — (15) D. *h. t.*, L. 14, § 13.
(16) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4, § 33 initio.
(17) D. *h. t.*, L. 9, § 8 initio. Cf. ci-dessus T. I, § 97, 2°.
(18) D. *h. t.*, L. 14, § 5, v[is] Unde quidam........ captiosus sit.
(19) D. *h. t.*, L. 14, § 4. — (20) D. *h. t.*, L. 9, § 7, L. 12, pr.
(21) D. *h. t.*, L. 14, § 3 initio. — (22) C. *h. t.*, L. 4 initio; D. *h. t.*, L. 14, § 1 initio,

constitue l'indemnité, le triple supplémentaire la peine (23). Après l'année utile, l'action de violence ne se donne plus que pour le simple (24).

Sufficit... hoc docere metum sibi illatum vel vim... Nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit (D. *h. t.*, L. 14, § 3).

Si donationis vel transactionis vel stipulationis vel cujuscumque alterius contractus obligationis confectum instrumentum metu mortis vel cruciatus corporis extortum vel capitales minas pertimescendo adito praeside provinciae probare poteris, hoc ratum haberi secundum edicti formam non patietur (C. *h. t.*, L. 7).

Quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. Sed rectissime Viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit (D. *h. t.*, L. 14, § 5).

§ 378. *De la simulation.*

C. 4, 22, *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.*

La simulation consiste à paraître vouloir conclure une convention qu'en réalité on ne veut pas conclure (1). Une pareille convention est inexistante faute de consentement (2). Mais souvent, tout en simulant une certaine convention, les parties veulent en conclure une autre, qu'elles déguisent sous la première. Dans ce cas, la convention déguisée est valable, pourvu qu'elle réunisse les conditions qui lui sont propres; car à son égard existe le consentement des parties (3). Quelqu'un déclare vendre une chose, en stipulant le prix pour la forme; la vente sera inexistante faute de prix véritable, mais il y aura donation si les conditions de celle-ci concourent; telle est la volonté des parties (4).

(23) D. *h. t.*, L. 14, § 10.
(24) Et subsidiairement à toute autre action (C. *h. t.*, L. 4 i. f.).
(1) Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 3, § 2. — (2) L. 3, § 2, cit.
(3) Cf. C. *h. t.*, rubrique.
(4) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 3. Cf. ci-après § 397, III, 2° initio.

§ 379. *De la condition.*

D. 35, 1, *de condicionibus et demonstrationibus...*

BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, 1866.

VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts* II, 2de livraison, § 19-69 et 75-90, Erlangen, 1871.

WENDT, *Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft nach römischem und heutigem Recht*, Erlangen, 1872.

ADICKES, *Zur Lehre von den Bedingungen*, Berlin, 1876.

I. *Notions*. Considérée au point de vue des conventions, la condition est la clause par laquelle l'efficacité d'une convention est subordonnée à un événement futur et incertain. On divise les conditions de plusieurs manières : elles sont suspensives ou résolutoires, casuelles, potestatives ou mixtes, possibles ou impossibles soit physiquement, soit juridiquement. Ces différentes notions ont été expliquées dans la partie générale du Cours (1). Il suffira d'ajouter quelques observations sur les conditions potestatives et sur les conditions impossibles.

1° Les conditions potestatives pures du côté du promettant, c'est-à-dire les conditions qui dépendent de sa volonté pure et simple (' si je veux '), annulent la convention (2), parce qu'elles détruisent le lien obligatoire; une obligation qui dépend de la pure volonté du débiteur, n'a aucun caractère juridique et partant il doit en être de même de la convention. Mais la condition peut être potestative mixte du côté du promettant, elle peut dépendre d'un fait qui est au pouvoir du promettant (3); si une pareille condition affaiblit le lien obligatoire, elle ne le détruit point. Lorsque quelqu'un a fait une promesse pour le cas où il se rendrait à Capoue, il est lié dès qu'il s'est transporté dans cette ville; pour ne pas l'être, il doit s'abstenir du voyage. De même, lorsque quelqu'un s'est engagé pour le cas où il ne se rendrait pas à Capoue, il est tenu par cela seul qu'il a fait ce voyage; s'il veut ne pas être obligé, il doit se rendre à Capoue (3). Évidemment il est permis

(1) T. I, § 78. — (2) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 46, § 3. — (3) D. *eod.*, L. 27, § 1.



d'ajouter à un contrat une condition potestative, mixte ou pure, du côté du stipulant; alors même qu'on a stipulé purement et simplement, sans la clause ‘ si je veux ’, on est libre de ne pas réclamer le payement; la clause ‘ si je veux ’ est donc une superfétation et non une condition véritable (4).

2° Les conditions physiquement impossibles ou contraires aux lois de la nature (‘ si vous livrez telle chose ’, et la chose a péri — ‘ *si coelum digito attigeris* ’) annulent aussi la convention (5). Elles ne constituent pas de vraies conditions, faute d'être des événements incertains; ce sont des événements dont le non-accomplissement est certain et partant le contrat qui en dépend, est fatalement dépourvu d'effet, il est inexistant. Il faut en dire autant des conditions qui, à raison d'une disposition de la loi, ne peuvent s'accomplir en aucune façon (‘ si vous acquérez une route publique ’) (6). Un autre groupe de conditions juridiquement impossibles est celui des conditions illicites ou immorales : on appelle ainsi les conditions qui consistent dans des faits possibles en eux-mêmes, mais contraires à une loi d'intérêt général ou aux bonnes mœurs, qui elles aussi sont d'intérêt général (quelqu'un stipule 1000 as ‘ s'il injurie un tiers ’). Les contrats conclus sous des conditions illicites ou immorales sont aussi frappés de nullité (7), mais pour un autre motif que dans les deux cas précédents : la prestation convenue a un but illicite ou immoral; pour l'effectuer, il faudrait violer une loi d'intérêt général; or, la loi ne peut sanctionner des contrats qui blessent ses dispositions d'intérêt général. Il suit de là que pour savoir si une condition est vraiment illicite ou immorale, il faut rechercher si elle imprime à la prestation convenue un but illicite ou immoral, contraire à une loi d'intérêt général ou aux bonnes mœurs. Par application de ce principe, est nulle la stipulation faite pour le cas où l'on commettrait un délit (8) et même pour le cas où l'on ne commettrait pas un délit (9); la première stipulation tend à faire commettre le délit, la seconde

(4) D. *eod.*, L. 48. — (5) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 11 initio.
(6) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137, § 6. — (7) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 3.
(8) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 123. — (9) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 3.

à se faire payer parce que l'on s'est abstenu de violer une loi pénale, ce qui est immoral. Est encore nulle la promesse faite pour le cas où l'on ne commettrait pas un délit[10], car le promettant devrait commettre le délit pour ne pas être obligé. Mais l'on promet valablement pour le cas où l'on se rendrait coupable d'un délit[11]; ici la convention a pour but de détourner du délit par la menace d'une peine conventionnelle, ce qui est un but moral. Quant aux conditions immorales proprement dites, l'une des plus importantes est celle qui tend à interdire le mariage; le droit de se marier est conforme à la loi naturelle et il est immoral de vouloir priver quelqu'un d'un pareil droit. Sont donc nulles la promesse faite pour le cas où l'on se marierait et la stipulation faite pour le cas où l'on ne se marierait point[12]; la première frappe le mariage d'une peine, la seconde attribue une prime au célibat. Mais, dans le nouveau droit romain, la condition qui tend à interdire le convol en secondes noces n'est pas réputée immorale[13], car les seconds mariages sont vus avec défaveur.

II. *Effets.* A) *de la condition suspensive.*

1° Étant donné une condition suspensive, aussi longtemps qu'elle n'est ni accomplie, ni défaillie, elle suspend l'existence même des obligations que la convention est destinée à produire; provisoirement il n'y a pas d'obligation, rien n'est dû[14], par la raison que le sort du contrat reste douteux. En conséquence, si le promettant paye *pendente condicione,* il peut répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé[15], car il a payé un indu. Ce droit de répétition suppose toutefois qu'il a fait le payement par erreur, c'est-à-dire dans la conviction qu'il était débiteur pur et simple[15]; s'il savait être débiteur conditionnel et que malgré cette connaissance il ait payé, il a voulu renoncer au bénéfice de la condition et faire une libéralité au stipulant[16]. Mais le stipulant n'en a pas moins une créance conditionnelle, une créance

(10) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 123. — (11) D. *eod.*, L. 121, § 1.
(12) Arg. D. *h. t.*, L. 22. — (13) Nov. 22, c. 44, pr.
(14) D. 20, 1, *de pignor.*, L. 13, § 5 initio.
(15) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 16, pr. initio. — (16) D. *eod.*, L. 1, § 1 i. f.

qui doit produire ses effets si la condition s'accomplit; il a l'espoir de devenir créancier; *spes est debitum iri*(17). C'est pourquoi le promettant ne peut plus se rétracter et, pour l'éventualité de l'accomplissement de la condition, il doit apporter à la garde et à la conservation de la chose les soins exigés du débiteur pur et simple. Il est aussi tenu de laisser s'accomplir une condition casuelle conformément à sa nature; si elle défaillit par son fait, il doit réparer le dommage résultant de sa faute; en d'autres termes la condition quoique défaillie est réputée accomplie(18) et le promettant doit payer la dette qu'il avait contractée sous condition. Le stipulant peut encore faire des actes conservatoires de sa créance éventuelle, par exemple exiger une caution du promettant qui menace de devenir insolvable ou de quitter le pays(19). Enfin, si l'une des parties décède *pendente condicione*, l'obligation conditionnelle naissant du contrat se transmet activement ou passivement aux héritiers du défunt(20).

2° Si la condition se réalise, les obligations que le contrat avait pour but de créer, arrivent à l'existence et sont en même temps exigibles(21). Mais en outre la condition rétroagit jusqu'au jour du contrat; celui-ci est censé avoir été conclu d'une manière pure et simple, il produit tous les effets d'un contrat pur et simple(22). Cette rétroactivité se fonde sur la volonté présumée des parties; celles-ci ont voulu que l'événement dont elles faisaient dépendre le contrat, venant à se réaliser, le contrat produisît les mêmes effets que s'il avait été conclu sans condition. Cette rétroactivité s'applique au *commodum* et au *periculum* ainsi qu'au transfert de la propriété. — En premier lieu, le créancier a droit au *commodum rei* à partir du jour du contrat, notamment à l'alluvion qui a accru le fonds *pendente condicione* et aux fruits de la chose depuis le contrat. Mais il supporte aussi le *periculum rei*. Si la chose due est diminuée ou détériorée *pendente condicione* par

(17) I. 3, 15, *de V. O.*, § 4 i. f. — (18) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 161.
(19) Arg. D. 20, 1, *de pignor.*, L. 13, § 5 i. f., et D. 5, 1, *de judic.*, L. 41.
(20) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 25. — (21) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 213, pr.
(22) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 11, § 1 i. f.

suite d'un accident, le débiteur se libère en la livrant dans l'état où elle se trouve, sauf que dans les conventions bilatérales qui, comme le louage, ont pour objet la jouissance d'une chose ou des services moyennant un certain prix, il perd dans la même proportion son droit au prix (23). Si toute la chose a péri accidentellement *pendente condicione*, le contrat est infirmé faute d'objet dès l'instant de la perte; la condition ne peut donc plus utilement s'accomplir et encore moins rétroagir; s'il s'agit de conventions bilatérales, les deux parties sont réciproquement libérées de leurs obligations (24). — En second lieu, lorsque *pendente condicione* la chose a été livrée, la propriété du *tradens* est révoquée de plein droit *impleta condicione* et avec elle s'éteignent les droits réels qu'il a pu concéder sur la chose, puisqu'ils émanaient d'un propriétaire révocable (25). L'*accipiens* acquiert maintenant la propriété (26) et celle-ci rétroagit jusqu'au jour de la tradition, comme dans le cas d'un contrat pur et simple; il est censé avoir été propriétaire dès l'instant de la tradition (27) et les droits réels qu'il a concédés depuis lors sur la chose, deviennent valables (28). — Toutefois, ainsi qu'il a été expliqué dans la partie générale du Cours (29), les conditions potestatives sont dépourvues d'effet rétroactif.

3° Si la condition défaillit, le contrat est considéré comme non avenu (30).

B) *De la condition résolutoire.*

1° Tant que la condition résolutoire est en suspens, le contrat principal, la vente par exemple, produit tous ses effets, car il est pur et simple (31), sauf qu'à raison de la condition résolutoire ajoutée au contrat, la tradition ne peut transférer à l'*accipiens*

(23) Cf. ci-dessus T. II, § 299. — (24) § 299, I, 1°. — (25) Cf. ci-dessus T. I, § 211, 1°.

(26) D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 38, § 1 i. f. — (27) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 8.

(28) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 11, § 9. Voyez en ce sens SELL (W.), *Uber bedingte Traditionen*, § 12, 13 et 16, Zurich, 1839. Cf. DE SAVIGNY, *System* III, § 120 initio. Contra VANGEROW, I, § 95, *Anm.*, n° II, 2°, et BUFNOIR, cité, p. 407-416. — (29) T. I, § 78, III, 1° i. f.

(30) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 8, pr., v^is quod si sub condicione...... nec stipulatio. — (31) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 2, § 1.

qu'une propriété révocable (32). Mais, à côté du contrat principal se place la convention conditionnelle qui a pour objet la résolution du contrat principal. Cette convention a les effets ordinaires d'une convention conclue sous condition suspensive; la condition suspend l'existence des obligations que la convention accessoire a pour but de créer; mais celui qui a stipulé la résolution, n'en a pas moins une créance conditionnelle ou l'espoir de devenir créancier, avec les différents effets indiqués ci-dessus pour la condition suspensive.

2° Si la condition résolutoire se réalise, le contrat principal est résolu avec effet rétroactif; il est censé ne pas avoir été conclu (33) et les parties doivent être rétablies dans l'état où elles se seraient trouvées si elles n'avaient rien fait (34). L'intérêt de cette rétroactivité concerne encore le *commodum* et le *periculum*, ainsi que le transfert de la propriété. — Le créancier de restitution a droit à la chose avec tous ses accessoires (35) et au *commodum rei* à partir du jour du contrat, par exemple à l'alluvion et aux fruits (36). Réciproquement il supporte le *periculum rei*; mais, si toute la chose a péri par accident *pendente condicione*, la convention relative à la résolution du contrat principal est infirmée faute d'objet dès l'instant de la perte et le contrat principal devient définitif (37). — En ce qui concerne la propriété transférée d'une manière révocable à l'*accipiens pendente condicione*, elle est révoquée, conformément à sa nature, par l'accomplissement de la condition résolutoire (38) et avec elle s'éteignent les droits également révocables concédés par l'*accipiens* (39); la chose retourne de plein droit au *tradens*, sans qu'il soit nécessaire de la lui retransférer par une nouvelle tradition, et il peut la revendiquer contre tout détenteur (40). Mais de plus sa propriété rétroagit au jour de la

(32) Cf. ci-dessus T. I, § 211, 1°. — (33) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 19.

(34) L. 19 cit.; D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 5. — (35) Arg. D. *eod.*, L. 6, § 1.

(36) *Vatic. fragm.* 14 initio. — (37) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 2, § 1, L. 3.

(38) Arg. D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 29, D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 13, pr., et D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 41, pr.

(39) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4, § 3; D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 3; D. 39, 3, *de aq. et aq. pluv. arc.*, L. 9, pr.

(40) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 29; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 13, pr. Cf. ci-dessus T. I, § 211, 1°.

tradition; il est censé ne l'avoir jamais perdue et les actes de propriété émanés de lui *pendente condicione* sont validés rétroactivement[41]. Seules les conditions potestatives ne rétroagissent point[42].

3° Si la condition résolutoire défaillit, la convention relative à la résolution du contrat principal est considérée comme non avenue et le contrat principal devient définitif[43].

Illam.. stipulationem ' si volueris, dari? ' inutilem esse constat (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 46, § 3).

Si impossibilis condicio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 11).

Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam[44] et hujusmodi res, quae usibus publicis in perpetuum relictae sint : ubi omnino condicio jure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, perinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137, § 6).

Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 3).

Sub condicione debitum per errorem solutum pendente.. condicione repetitur (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 16, pr.).

In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 161).

Cum.. semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset (D. 20, 4, *qui potiores,* L. 11, § 1).

(41) Arg. D. 39, 3, *de aq. et aq. pluv. arc.*, L. 9, pr. Voyez en ce sens SCHEURL, cité, § 68 initio. Cf. SELL (W.), *Ueber bedingte Traditionen*, § 39, et DE SAVIGNY, *System* III, § 120, p. 154.

Contra VANGEROW, I, § 96, *Anm.*, et BUFNOIR, cité, p. 479-484.

(42) D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 3 i. f. Cf. ci-après § 471.

(43) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 6, pr. initio. — (44) Une halle publique.

Ubi..pura venditio est[45], Julianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari (D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 2, § 1).

Si..condicio emptionem resolvit,.. eo genere retro acta venditio.. venditio proprie dici non potest (D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 19).

§ 380. *Du terme.*

VON SCHEURL, ouvrage cité en tête du paragraphe précédent, § 6-18 et 75-90.

I. *Notions.* Considéré au point de vue des conventions, le terme est la clause qui restreint la durée d'une convention par un événement futur et certain. On distingue un terme suspensif et un terme résolutoire, un *dies certus an, certus quando**, et un *dies certus an, incertus quando**. Ces notions ont été expliquées dans la partie générale du Cours[1]. L'ancien droit romain annulait les conventions faites *post mortem promittentis vel stipulantis*[2], par le motif inexact que l'obligation n'aurait pas pris naissance entre parties[3] et que dès lors elle ne pouvait se transmettre aux héritiers. On admettait seulement les conventions faites pour l'instant du décès de l'un des contractants, *cum moriar*[4]. Celui qui voulait stipuler *post mortem suam,* s'adjoignait un *adstipulator;* à l'égard de ce dernier le contrat était valable, puisqu'il avait stipulé *post mortem alterius;* il avait donc action contre le promettant après le décès du créancier véritable et, comme mandataire de celui-ci, il devait compte aux héritiers du produit de la poursuite[5]. De son côté, celui qui voulait promettre *post mortem suam*, s'adjoignait un *adpromissor;* après le décès du débiteur véritable, l'*adpromissor* était soumis à l'action du stipulant[6] et, comme mandataire, jouissait d'un recours contre les héritiers du débiteur[7]. Justinien valida les

(45) *Sed sub condicione resolvitur.*

(1) T. I, § 79. — (2) GAIUS, III, 100 initio et 158. — (3) GAIUS, III, 158 i. f.

(4) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 15.

(5) GAIUS, III, 117, v^is^ *adstipulatorem vero.........*

(6) Cf. FESTUS, v° Adpromissor. — (7) Arg. GAIUS, III, 127 initio.

contrats faits *post mortem promittentis vel stipulantis*(8). Ainsi disparurent les *adstipulatores*, mais les *adpromissores* se maintinrent comme cautions.

II. *Effets*. 1° *Du terme suspensif*. A la différence de la condition, le terme ne suspend que l'exigibilité de l'obligation et non son existence; l'obligation se forme immédiatement, parce qu'il n'y a aucune incertitude sur le sort du contrat; mais le créancier ne peut pas encore réclamer le payement(9). Il s'ensuit que si le débiteur à terme paye avant l'échéance, fût-ce par erreur, il n'est pas admis à répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé(10), car la chose payée formait un *debitum*. Le terme étant expiré, la dette devient exigible(11). Mais le terme ne rétroagit point, car les parties ont précisément voulu exclure les effets de la convention pendant la durée du terme(12). C'est une nouvelle différence entre la condition et le terme.

2° *Du terme résolutoire*. Dans le cours du terme résolutoire, la convention produit tous ses effets(13), sauf que la tradition transfère seulement à l'*accipiens* une propriété révocable(14). A l'arrivée du terme, le contrat est résolu et partant cesse d'avoir de l'effet pour l'avenir(15); la propriété révocable de l'*accipiens* s'éteint conformément à sa nature et avec elle périssent les droits réels qu'il a pu concéder sur la chose, puisqu'ils émanaient d'un propriétaire révocable; la chose retourne de plein droit à son ancien maître(16). Mais le terme résolutoire ne rétroagit point; les effets que le contrat a déjà produits, restent acquis(17) et la propriété ne retourne à son ancien maître que pour l'avenir.

In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 10).

(8) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 13 i. f.
(9) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2, v^is Id autem. .... Cf. ci-dessus T. II, § 290, 1°.
(10) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 10.
(11) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2, v^is Id autem........ — (12) D. 31, *de leg.* 2°, L. 43, § 2.
(13) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56, § 4 initio. — (14) Cf. ci-dessus T. I, § 211, 1°.
(15) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56, § 4 initio. — (16) Cf. T. I, § 211, 1°.
(17) Arg. D. 31, *de leg.* 2°, L. 43, § 2.

§ 381. *Du mode.*

C. 8, 54 (55), *de donationibus quae sub modo.. conficiuntur.*

von Scheurl, ouvrage cité en tête du § 379, § 71-90.

Ajouté à une convention, le mode est une clause accessoire par laquelle une charge est imposée à l'acquisition d'un droit de la part de l'un des contractants (1). Comme il a été expliqué dans la partie générale du Cours (1), le mode a pour effet caractéristique de créer une obligation à charge de l'acquéreur d'un droit. Cette obligation peut être poursuivie par l'*actio ex stipulatu* (2) ou par l'action naissant du contrat principal s'il est de bonne foi (3) ; de plus, si le débiteur du mode a reçu la prestation à laquelle il avait droit, si par exemple la donation modale a été exécutée, il y a lieu à l'action *praescriptis verbis*, car la prestation faite en vue de l'exécution du mode constitue un contrat réel innomé (4). Dans le cas d'une donation modale, le donateur peut aussi révoquer la libéralité pour cause d'inexécution des charges (5).

V. De l'invalidité des conventions; § 382.

Les conventions qui ne réunissent pas les conditions requises pour leur validité, sont tantôt inexistantes ou nulles, tantôt simplement annulables, rescindables ou inefficaces. La partie générale du Cours indique les cas appartenant à chacune de ces deux catégories, et les règles qui leur sont applicables (1). Il ne reste à considérer ici que les conventions conclues par une personne incapable ayant une volonté, mais une volonté insuffisamment éclairée (mineurs âgés de sept ans, faibles d'esprit ou prodigues sous curatelle). Dans ces cas, la convention n'est pas inexistante, elle est frappée d'une simple inefficacité (2). Encore cette inefficacité n'est-elle que relative ; elle existe seulement vis-

§ 381—(1) Cf. ci-dessus T. I, § 80. — (2) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 9.
(3) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 41, pr. — (4) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 9.
(5) C. *h. t.*, L. 3, pr. (L. 3 initio).
§ 382—(1) T. I, § 81-82. — (2) Arg. I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. i. f.

à-vis de l'incapable; la partie adverse ne peut s'en prévaloir, puisque à son égard la convention ne renferme aucun vice[3]. Si donc la convention est maintenue par le tuteur ou le curateur de l'incapable, la partie adverse sera tenue de l'exécuter[3]. Mais, lorsque le tuteur ou le curateur maintient la convention, celle-ci est soumise au droit commun; si elle est bilatérale, elle oblige aussi l'incapable et, dans les limites à indiquer ci-après, l'incapable doit commencer par exécuter ses propres obligations avant de poursuivre l'exécution de celles de la partie adverse[4]. Dans tous les cas, la convention conclue par l'incapable dont la volonté n'est pas suffisamment éclairée, produit à sa charge une obligation naturelle, dont les effets ont été fixés ailleurs[5]. Au reste la convention conclue par un incapable quelconque, même par celui qui est dépourvu de toute volonté, l'oblige civilement à restituer le profit qu'il en a retiré[6]; car personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui[7].

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus : nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 29).

Pupillus.. tamen obligabitur in quantum locupletior factus est : nam in pupillum.. actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit (D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 5, pr.). Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 14).

VI. De l'interprétation des conventions; § 382bis.

La partie générale du Cours a indiqué les diverses règles à suivre pour l'interprétation des actes juridiques[1]. Il suffira d'ajouter quelques observations propres aux conventions.

(3) Pr. i. f., cit.; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 29. — (4) Cf. ci-après § 385.
(5) T. II, § 329, 5°. — (6) D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 5, pr. i. f.
(7) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 14.
(1) T. I, § 83.

1° Si une clause est tellement équivoque qu'il n'y a pas moyen d'en fixer le sens à l'aide des règles exposées précédemment, on se prononce en faveur de la partie qui a promis dans la clause dont il s'agit. En effet c'est le stipulant qui, voulant acquérir un droit, aurait dû s'expliquer plus clairement; il est la cause du doute, il doit en supporter les conséquences(2). D'après cela, les conventions unilatérales s'interprètent en faveur du débiteur(3) et les conventions bilatérales au profit de celui qui s'est obligé par la clause équivoque; par exemple, selon que celle-ci se rapporte aux obligations du vendeur ou de l'acheteur, du bailleur ou du preneur, on se prononce pour le vendeur ou l'acheteur, pour le bailleur ou le preneur. Par application de ce principe, le vendeur a le choix dans la vente d'une chose *in genere*(4); mais, s'il y a doute sur le montant du prix, l'acheteur doit payer la moindre somme(5).

2° Dans les conventions de droit strict on se tient rigoureusement aux termes plutôt qu'à la volonté des parties et même au sens littéral des termes plutôt qu'à leur signification rationnelle; la volonté des parties n'est pas prise directement en considération. C'est ainsi que les termes du contrat de droit strict étant clairs, on s'y arrête, bien qu'ils soient en contradiction avec la volonté des contractants (6) et, si par une stipulation (contrat de droit strict) un acheteur s'est fait promettre le double du prix de vente pour le cas d'éviction de la chose, sans mentionner l'hypothèse d'une éviction partielle, celle-ci ne l'autorise pas à invoquer le bénéfice de la stipulation(7).

Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est : ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 99, pr.).

(2) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 99, pr. — (3) L. 99, pr., cit.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 9.
(4) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34, § 6 initio, voyez encore L. 34, pr.
(5) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 9; voyez encore D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 21, § 6. — (6) Arg. D. 21, 2, *de evict.*, L. 56, § 2. — (7) L. 56, § 2, cit.

Semper in obscuris quod minimum est sequimur (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 9).

Si emptio ita facta fuerit : ‘ est mihi emptus Stichus aut Pam- ‘ philus ’, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34, § 6).

VII. Des effets des conventions entre parties.

A) *De l'irrévocabilité des conventions;* § 383.

En général les conventions sont irrévocables; l'un des contractants ne peut s'en désister sans le consentement de l'autre. Comme on le dit très bien, le contrat fait la loi des parties; il les lie, de même que la loi lie l'ensemble des citoyens (1). En effet, le but du contrat est précisément de lier les parties; sa force obligatoire et partant sa valeur juridique seraient détruites, si l'on admettait un désistement unilatéral. Toutefois, un pareil désistement est légitime dans certains contrats, tels que le mandat et la société (2), ainsi que dans les contrats réels innomés qui offrent de l'analogie avec un contrat nommé susceptible d'être dissous par la volonté d'une seule partie (3); mais l'on ne peut se désister des autres contrats innomés que pour cause d'inexécution des obligations de la partie adverse (4). En outre, on peut se dégager d'un contrat pour certaines causes légitimes comme le dol, la violence morale ou les vices cachés de la chose (5).

Quod initio convenit..legem..contractus dedit (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23).

(1) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23, vis nam hoc....... dedit.

(2) Cf. ci-après §424, 1°, et 451, 1°. — (3) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 5, pr.

(4) Voyez en ce sens Schilling, III, § 325, et note k, Molitor, cité, I, n° 534 cbn. avec nos 89 et 289, Machelard *Obligations naturelles*, p. 48-69, Accarias, *Théorie des contrats innommés*, p. 179-183, Paris, 1866, et Ortolan, III, n° 1600. Contra Unterholzner, cité, T. II, § 321, I, 1°, de Savigny, *System* IV, § 168 initio, Puchta, *Pand.*, § 308, note c, et *Vorles.* II, § 308, 3°, Mommsen, *Beiträge* I, § 32, p. 394-396, Vangerow, III, § 599, *Anm.*, n° IV, 2°, Maynz, II, § 204 i. f. et 243, p. 335 et 337, et Windscheid, II, § 321, 2°, et note 11.

(5) Cf. ci-dessus T. II, § 376, III, et 377, II, et ci-après § 389-391.

B) *De la transmission héréditaire des obligations conventionnelles;* § 384.

Les obligations conventionnelles se transmettent activement et passivement aux héritiers des parties (1), par la raison qu'en contractant on est censé promettre et stipuler pour soi et pour ses héritiers (2). La règle cesse seulement avec son motif dans les contrats qui, comme le mandat et la société, ont pour cause déterminante la considération de la personne de la partie adverse (3).

Saucimus omnem stipulationem.. et ad heredes et contra heredes transmitti (C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 13, pr. (L. 13 initio)), quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus (D. 22, 3, *de probat.*, L. 9).

C) *De l'exécution des conventions bilatérales;* § 385.

1° Lorsqu'il s'agit d'une convention bilatérale ayant pour objet un transfert de propriété, de la vente par exemple, aucune des parties n'est tenue d'exécuter la première l'obligation que le contrat lui impose; les deux contractants sont placés sur la même ligne. Mais, précisément pour ce motif, si l'un veut poursuivre l'exécution de l'obligation de l'autre, il doit commencer par remplir sa propre obligation (1). S'il ne l'a pas fait, il peut être repoussé par une exception de dol (2), appelée vulgairement *exceptio non adimpleti vel non rite adimpleti contractus*;* la mauvaise foi consiste à vouloir forcer l'adversaire à exécuter un contrat qu'on n'a pas encore exécuté soi-même, à prendre l'initiative de l'exécution du contrat contrairement à la règle énoncée ci-dessus. Le défendeur qui oppose cette exception, doit établir l'obligation réciproque du demandeur; seulement, de fait, cette obligation résultera presque toujours de l'action même, qui con-

§ 384 — (1) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 13.
(2) D. 22, 3, *de probat.*, L. 9 i. f. — (3) Cf. ci-après § 424, 3°, et 451, 2°.
§ 385 — (1) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 8.
(2) C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 5. Cf. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 25 initio.

tiendra l'aveu du contrat synallagmatique. Si le demandeur soutient qu'il a satisfait à ses engagements, c'est à lui de le prouver; car l'existence d'un droit étant constante, sa continuation se présume jusqu'à preuve contraire(3).

2° Il en est autrement dans les conventions bilatérales qui ont pour objet la jouissance d'une chose ou des services. Ici le débiteur de la jouissance ou des services doit prendre l'initiative de l'exécution du contrat; le prix n'est exigible qu'après la prestation de la jouissance ou des services(4). En effet, celui qui stipule la jouissance d'une chose ou des services, contracte en vue d'une chose future, dont le prix n'est dû que si cette chose lui a été fournie. Par conséquent, dans le louage de choses ou de services, le preneur ou le maître de l'ouvrage peut, avant tout payement du prix, agir en exécution du contrat. Mais le bailleur, l'ouvrier ou l'entrepreneur serait repoussé par l'exception de dol, s'il réclamait le prix avant d'avoir presté la jouissance ou les services(5).

Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 8).

Qui pendentem vendemiam emit si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit ‘ si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit ‘ neque tradita est ’ (D. *eod.*, L. 25).

D) *De la rescision des conventions bilatérales pour cause d'inexécution;* § 386.

I. Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties manque à ses obligations, l'autre peut parfois poursuivre la rescision du contrat; les contractants sont censés avoir voulu que si l'un d'eux

(3) Cf. ci-dessus T. I, § 131, 2°. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 607, *Anm.*, n° IV, MAYNZ, II, § 204, et notes 8-9, et WINDSCHEID, II, § 321, 1° i. f. Contra, pour l'*exceptio non rite adimpleti contractus*, THIBAUT, I, § 401 i. f.

(4) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 24, § 2. — (5) Arg. L. 24, § 2, cit. Cf. ci-après § 417, II, 1°.

ne remplissait pas ses engagements, l'autre pût s'affranchir aussi de ses obligations. Pour préciser les limites de ce droit, il faut considérer trois groupes de contrats bilatéraux.

1° Dans tous les contrats synallagmatiques innomés, le droit à la rescision est admis d'une manière absolue (1). Il se justifie par une considération historique. Pendant la république, à l'exception des quatre contrats réels nommés, une simple prestation en vue d'une prestation réciproque donnait seulement lieu à une *condictio causa data causa non secuta* contre la partie adverse qui ne faisait pas la prestation réciproque; plus tard on créa l'action *praescriptis verbis*, afin d'obtenir l'exécution de la prestation réciproque; mais on maintint l'ancienne *condictio* (2).

2° Le droit à la rescision du contrat du chef de l'inexécution des obligations de la partie adverse existe encore pour les contrats bilatéraux nommés qui établissent entre parties des rapports continus. Mais il faut une violation grave du contrat, car les parties n'ont pu vouloir que, pour une violation légère, tout le contrat fût annulé. Cette règle s'applique notamment au louage de choses et au contrat emphytéotique (3).

3° Restent les contrats bilatéraux nommés qui ne créent entre parties que des relations tout à fait passagères; tel est le cas de la vente. Ici la rescision du contrat peut seulement être demandée si l'exécution du contrat n'offre plus aucune utilité pour le créancier. Quelqu'un achète des chevaux à livrer à la foire prochaine; le vendeur ne les lui livre pas au jour convenu; leur tradition ultérieure ne peut plus se faire utilement, le but du contrat est manqué; l'acheteur a le droit d'en poursuivre la résolution (4). Mais, toutes les fois que l'exécution du contrat conserve son utilité, sa rescision est exclue, elle n'a pas de raison d'être; le créancier doit se contenter des dommages et intérêts qui lui sont dus du

(1) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, § 1, v[is] sin autem rem do...... re non secuta, et § 2, v[is] si rem do......... convenit. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 363.

(3) Cf. ci-dessus T. I, § 217, 1°, et ci-après § 419, 2°.

(4) Arg. C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 6 et 10. Voyez encore ci-après § 390, 1°, et 391.

chef de l'inexécution des obligations du débiteur. Cette règle doit notamment être suivie dans la vente, sauf l'exception indiquée[5].

II. La rescision d'un contrat synallagmatique pour cause d'inexécution des obligations de la partie adverse se poursuit par l'action naissant du contrat ou par la *condictio causa data causa non secuta,* selon que le contrat est nommé[6] ou innomé[7]. Mais, conformément aux principes généraux[8], cette rescision est sans effet à l'égard des tiers; elle ne révoque pas la propriété de l'*accipiens* pour la faire retourner au *tradens;* elle oblige seulement le premier à retransférer la chose au second dans l'état où il l'a reçue.

Si.. vineas distraxisti nec pretium numeratum est, actio tibi pretii..competit (C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 8), non ex eo, quod emptor non satis conventioni fecit, contractus irritus constituitur (C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 14).

Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes (C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 10).

E) *De la garantie du chef d'éviction.*

D. 21, 2, *de evictionibus et duplae stipulatione.* — C. 8, 44 (45), *de evictionibus.*

Müller (K. O.), *Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion*, Halle, 1851, 1 volume, ouvrage inachevé.

§ 387. *Conditions de la garantie.*

I. *Evincere rem,* c'est enlever une chose à quelqu'un à la suite d'une victoire, qui, en droit, ne peut être qu'une victoire judi-

(5) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 8; C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 14. Cf. Machelard, *Obligations naturelles*, p. 51, note 1, et Windscheid, II, § 321, 2°, et note 9.

(6) C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 6. Tous les contrats bilatéraux nommés étant de bonne foi, l'action qui en résulte sert aussi à les faire rescinder.

(7) Voyez les textes de la note 1. — (8) Cf. ci-dessus T. I, § 81, IV, 1°.

ciaire. En effet, le recours en garantie du chef d'éviction suppose que quelqu'un, après avoir reçu une chose en vertu d'une convention à titre onéreux, en a été judiciairement dépouillé à la suite d'un vice dans les droits de l'auteur, vice qu'il ignorait lors du contrat. De là les conditions suivantes :

A) Il faut une convention à titre onéreux [1]. Les conventions à titre gratuit n'obligent point à la garantie du chef d'éviction [2]; celui qui fait une libéralité, entend seulement transférer au gratifié les droits qu'il peut avoir lui-même sur la chose donnée. Mais, si l'auteur de la libéralité connaissant le vice de son droit n'en avertit pas le gratifié, il répond de son dol [3]; en outre, si le donateur de choses fongibles livre des choses appartenant à autrui, le payement est nul et le donataire demeure créancier [4].

B) Il faut un vice dans les droits de l'auteur. Ce vice existe si l'auteur n'est pas propriétaire [5], si sa propriété est révocable ou bien si la chose est grevée d'un droit réel [6]. Mais les servitudes prédiales passives ne donnent pas lieu à la garantie du chef d'éviction [7]; car elles constituent des charges naturelles et normales des immeubles, le droit commun de la propriété immobilière, plutôt que des vices de celle-ci. L'acquéreur d'un immeuble doit donc les prévoir lors du contrat et, par une sorte de compensation, il profite des servitudes prédiales actives [8]. L'auteur n'est tenu à raison des servitudes prédiales passives que s'il a aliéné l'immeuble comme libre de toute servitude, *optimus*

(1) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 2; D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1, § 1; D. 19, 2, *loc.*, L. 9, pr. initio.

(2) D. 39, 5, *de donat.*, L. 18, § 3 initio; C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 1, § 2 initio (L. 1). — (3) L. 18, § 3 i. f., et L. 1, § 2 i. f., cit.

(4) D. 30, *de leg.*, 1°, L. 45, § 1-2, L. 46. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 610, *Anm.* 2, et WINDSCHEID, II, § 366, 4°, b, et note 8. Contra MAYNZ, II, § 255, et notes 10-13. — (5) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 66, pr. initio.

(6) L. 66, pr. initio, cit.; D. *h. t.*, L. 34, § 2.

(7) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 59; D. *h. t.*, L. 75.

(8) Voyez en ce sens MOLITOR, cité, I, n° 462, MÜLLER, cité, § 18, III, p. 185-189 et 196-227, VANGEROW, III, § 610, *Anm.* 3, et WINDSCHEID, II, § 391, 3°, et note 28. Contra, du moins pour les servitudes non apparentes, UNTERHOLZNER, cité, II, § 466, note f i. f., et MAYNZ, II, § 213, Observation I.

maximusque(9), ou bien s'il s'est rendu coupable d'un dol en ne déclarant pas une servitude dont il avait connaissance(10). Comme le recours du chef d'éviction suppose un vice dans les droits de l'auteur, l'acquéreur doit avoir soin, lors du procès en éviction, d'appeler son auteur en cause pour qu'il lui prête assistance(11). S'il l'a fait, le vice du droit est prouvé par le jugement même(12); car celui-ci a été rendu en réalité contre l'auteur qui est intervenu au procès, ou bien, s'il n'a pas jugé convenable d'intervenir, son abstention ne doit pas nuire à l'acquéreur(13). A défaut de l'appel en cause, l'acquéreur doit établir que le vice constaté par le jugement dans les droits de l'auteur existe effectivement; car il se peut qu'il ait succombé pour ne pas avoir connu toutes les preuves de son droit(14).

C) L'acquéreur doit avoir ignoré lors du contrat la cause de l'éviction(15). S'il l'a connue, il est sans recours(16) et ne peut pas même se faire restituer le prix. En effet, connaissant la cause de l'éviction, il a dû la prendre en considération lors de la fixation du prix; il a acquis la chance de garder la chose plutôt que la chose elle-même, en un mot il a fait un contrat aléatoire.

D) Le vice inhérent aux droits de l'auteur doit avoir été constaté par un jugement(17); l'acquéreur est sans recours s'il a perdu la chose à la suite d'une transaction(18), d'un compromis(19) ou d'un abandon volontaire(20). Il faut de plus qu'en vertu du jugement l'acquéreur ait été dépossédé de la chose ou bien qu'il ait payé l'estimation du litige (*aestimatio litis*)(21). La nécessité d'une dépossession judiciaire résulte de la notion de l'éviction; celle-ci est, d'après son étymologie, l'enlèvement judiciaire d'une chose(22). Par conséquent, l'acheteur ne peut agir contre le vendeur par cela seul qu'il découvre que la chose achetée appar-

(9) D. *h. t.*, L. 75. — (10) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 1, § 1.
(11) C. *h. t.*, L. 23 initio. — (12) Arg. L. 23 i. f., cit. — (13) L. 23 i. f., cit.
(14) Arg. D. *h. t.*, L. 53, § 1, et D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 12 i. f.
(15) C. *h. t.*, L. 27 i. f. — (16) L. 27 initio, cit. — (17) C. *h. t.*, L. 17.
(18) Arg. D. *h. t.*, L. 56, § 1. — (19) L. 56, § 1, cit. — (20) D. *h. t.*, L. 76.
(21) D. *h. t.*, L. 16, § 1, L. 57, pr.
(22) Voyez le commencement du présent paragraphe.

tient à un tiers; il doit attendre sa dépossession judiciaire (23). Toutefois :

1° Lorsque d'après le contrat l'auteur avait l'obligation de transférer la propriété et qu'il a livré la chose d'autrui, le payement est nul d'après le droit commun ; la dette subsiste donc et le créancier conserve son action (24). Tel est le cas de l'échange. Primus donne une chose à Secundus en vue d'une dation réciproque; Secundus livre la chose d'autrui; Primus reste créancier (25).

2° A l'occasion d'un contrat quelconque, dans la vente par exemple, l'auteur qui connaît lors du contrat le vice de son droit, répond de son dol (26).

3° Lorsque l'acquéreur garde la chose à un autre titre qu'en vertu de la convention qui devait la lui procurer, il peut aussitôt agir en dommages et intérêts contre son auteur qui ne lui a pas fait avoir la chose en exécution du contrat, comme il en avait l'obligation (27).

4° Si, avant d'avoir payé le prix, l'acheteur est engagé dans un procès qui peut amener son éviction, ou bien s'il est menacé d'un pareil procès, il a le droit de suspendre le payement du prix jusqu'à la décision du procès (28). C'est une mesure conservatoire de son droit éventuel à des dommages et intérêts vis-à-vis du vendeur.

II. Les règles précédentes peuvent être modifiées par les conventions des parties. Celles-ci peuvent étendre (29) ou restreindre (30) et même exclure entièrement (31) l'obligation de garantie du chef d'éviction. La clause restrictive ou exclusive de la garantie n'est valable que si l'auteur a ignoré le vice de son droit; s'il la connu,

(23) D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. I, pr., v^is venditori sufficit......... nihil debet; D. *h. t.*, L. 57, pr. — (24) Arg. C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 7.

(25) Arg. D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 16, v^is Finge alienum........ feceris.

(26) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 30, § 1.

(27) D. *eod.*, L. 13, § 15; D. *h. t.*, L. 29, pr.

(28) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 19 (18), § 1 initio.

(29) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 66, pr. i. f.; C. *h. t.*, L. 2.

(30) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 18, v^is Qui autem.......... non tenebitur.

(31) L. 11, § 18, cit.

la clause est nulle comme pacte *ne dolus praestetur*(32). Mais, en la supposant faite de bonne foi, l'acquéreur évincé ne peut réclamer ni des dommages et intérêts, ni la restitution du prix(33). L'auteur ayant décliné la garantie, l'acquéreur a été averti du danger de l'éviction et a dû y avoir égard lors de la fixation du prix; il a acquis la chance de garder la chose plutôt que la chose elle-même et fait un contrat aléatoire(34). — Les conventions relatives à la garantie du chef d'éviction peuvent être de simples pactes s'il s'agit d'un contrat de bonne foi(35); à l'occasion d'un contrat de droit strict, la forme de la stipulation est nécessaire(36); en fait la stipulation était d'un usage général(37). Comme elle était de droit strict, elle ne pouvait être invoquée par l'acquéreur qui avait seulement été évincé d'une partie de la chose(38) ou qui avait gardé la chose à un autre titre(39) à moins que ces cas n'eussent été prévus d'une manière spéciale(40); s'ils ne l'avaient pas été, l'acquéreur devait se contenter de la garantie légale résultant de la nature du contrat(41).

Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere : plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit (D. 39, 5, *de donat.*, L. 18, § 3).

Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles nec quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem (C. *h. t.*, L. 27).

Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio com-

(32) L. 11, § 18 i. f., cit.

(33) L. 11, § 18, cit.; D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 10-11.

(34) Voyez en ce sens Unterholzner, cité, I, § 145, 5°, et note m, Vangerow, III, § 610, *Anm.* 4, et Maynz, II, § 212, et note 50. Molitor, cité I, n°s 464-465, accorde à l'acquéreur évincé le droit de se faire restituer le prix.

(35) C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 7 i. f. — (36) C. *h. t.*, L. 2.

(37) Arg. D. *h. t.*, rubrique. — (38) D. *h. t.*, L. 56, § 2.

(39) D. *h. t.*, L. 41, § 1. — (40) D. *h. t.*, L. 56, § 2. — (41) D. *h. t.*, L. 41, § 1 i. f.

petit (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 15), quia..ego ex alia causa rem haberem (D. *h. t.*, L. 29, pr.).

Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur (D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 19 (18), § 1).

§ 388. *Effets de la garantie du chef d'éviction.*

1° En principe, l'acquéreur évincé a droit à la réparation de tout le dommage que lui cause l'éviction (1); car l'auteur a manqué à son obligation par sa faute et cette inexécution coupable de l'obligation donne lieu, ici comme ailleurs, à des dommages et intérêts. L'acquéreur peut donc réclamer avant tout la valeur qu'avait la chose au moment de l'éviction; c'est de cette valeur qu'il a été privé par l'éviction; il ne faut avoir égard ni au prix d'acquisition, ni à la valeur de la chose à l'époque du contrat (2). Si l'acquéreur a été évincé d'une partie de la chose, il a droit à la valeur de cette partie (3). S'il a été évincé d'un droit réel, il peut réclamer la moins-value qui résulte de l'existence de ce droit (4).

2° Les contractants sont libres de déroger à ces règles et de convenir d'une somme fixe pour le cas d'éviction (5). A Rome, lorsqu'il s'agissait d'une vente de quelque importance, l'acheteur avait l'habitude de stipuler pour le cas d'éviction le double du prix de vente; c'était la *stipulatio duplae* (*id est duplae aestimationis*, *dupli pretii*) (6), et alors même que cette stipulation avait été omise lors de la vente, l'acheteur pouvait forcer après coup le vendeur par l'*actio empti* à la lui fournir (7); évincé plus tard, il disposait de l'*actio ex stipulatu* pour obtenir le double du prix de vente. Si les parties sont convenues d'une somme fixe pour le cas d'éviction, c'est cette somme qui fait l'objet du recours en garantie, car la convention forme la loi des parties; la valeur de la chose est indifférente (8). De même l'acquéreur évincé d'une partie indivise de la chose obtiendra la quote-part correspondante de la somme

(1) C. *h. t.*, L. 23 i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 66, § 3. — (3) D. *h. t.*, L. 1.
(4) D. *h. t.*, L. 15, § 1. — (5) D. *h. t.*, L, 74, pr.
(6) Arg. D. *h. t.*, L. 37, pr. et § 1. — (7) L. 37, pr. et § 1, cit.
(8) D. *h. t.*, L. 64, pr. i. f.

convenue[9]. Évincé d'une partie divise, il pourra réclamer une partie de la somme convenue, eu égard à la proportion qui existait, lors du contrat, entre la valeur de la partie évincée et celle de la chose entière[10]. Enfin, s'il a été évincé d'un droit réel, la partie de la somme à payer sera déterminée par la proportion qui existait, au moment du contrat, entre la moins-value résultant du droit réel et l'estimation de la chose entière[11].

Quanti tua interest rem evictam non esse teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est (C. *h. t.*, L. 23), scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii.. deminuat vel excedat (D. *h. t.*, L. 66, § 3).

Cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet (*id est emptor*) pro quantitate evictae partis : quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus (D. *h. t.*, L. 1).

Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit (D. *h. t.*, L. 37, pr.), quod..erit accipiendum..de his rebus, quae pretiosiores essent (L. 37 cit., § 1).

Si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit : nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta[12] (D. *h. t.*, L. 64, pr.).

§ 388bis. *De l'indivisibilité de l'obligation de garantie du chef d'éviction.*

L'obligation de garantie du chef d'éviction a un double objet; c'est à la fois une obligation de défendre l'acquéreur contre l'éviction et une obligation de payer à l'acquéreur évincé des

(9) L. 64 cit., § 1. — (10) D. *h. t.*, L. 64, § 3, L. 13. — (11) Arg. des mêmes textes.
(12) Ce passage suppose une *stipulatio duplae*.

dommages et intérêts ou la somme convenue. Sous le premier rapport elle est indivisible[1]. En effet, la défense est un fait matériel dont l'esprit ne comprend pas la division; une défense partielle est un non-sens, on ne défend vraiment une personne qu'en la défendant pour le tout. Donc, s'il y a plusieurs vendeurs ou plusieurs héritiers d'un vendeur unique, chacun d'eux doit défendre l'acheteur pour le tout contre l'éviction et l'acheteur évincé d'une partie de la chose a un recours contre tous, car tous ont manqué à leur obligation[1]. Mais, considérée comme obligation de payer à l'acquéreur évincé des dommages et intérêts ou la somme convenue, l'obligation de garantie du chef d'éviction est divisible, car c'est une dette d'argent[2]. Chaque vendeur ou chaque héritier d'un vendeur unique n'est donc tenu des dommages et intérêts ou de la somme convenue que pour une part virile ou bien en proportion de sa part héréditaire[2].

Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est. Sed cum uno defugiente omnes defugisse videantur ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 139).

F) *De la garantie du chef des vices de la chose.*

D. 21, 1, *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris.*
C. 4, 58, *de aediliciis actionibus.*

§ 389. *Conditions de la garantie.*

I. Le recours en garantie du chef des vices de la chose exige les conditions suivantes :

1° Comme pour la garantie du chef d'éviction et avec les mêmes modifications, il faut une convention à titre onéreux[1].

§ 388bis—(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 139. — (2) L. 139 i. f., cit.
§ 389—(1) D. *h. t.*, L. 62. Cf. ci-dessus § 387, I, A.

2° La chose qui fait l'objet de la convention, doit être infectée d'un vice proprement dit. L'absence d'une qualité est insuffisante[2], car elle n'empêche pas la chose d'être intacte et l'acquéreur doit s'imputer à lui-même d'avoir attribué à la chose des qualités qui lui manquent et qu'il n'a pas stipulées.

3° Le vice doit être important, c'est-à-dire diminuer notablement la valeur de la chose; on ne tient pas compte des défauts insignifiants[3]; la stabilité des conventions veut qu'on ne les modifie pas pour des bagatelles[4]. Mais il n'est pas nécessaire qu'à raison du vice la chose soit rendue impropre à l'usage auquel elle est destinée, qu'elle soit complètement inutile[5]. En ce qui concerne les esclaves et les animaux, le vice doit d'ailleurs être corporel; l'auteur est seulement tenu des vices de l'esprit s'ils détruisent toute l'utilité de l'esclave ou de l'animal[6] ou bien si, connaissant le vice de l'esprit, il l'a frauduleusement caché à l'acquéreur[7]. Sauf ces exceptions, les vices de l'esprit ne donnent lieu à aucune responsabilité; ils se rencontrent chez tous les esclaves ou animaux et dès lors on n'aurait pu y avoir égard sans ébranler entièrement la force obligatoire des conventions relatives à des esclaves ou à des animaux[8].

4° Le vice doit être caché. S'il était apparent, l'acquéreur pouvait et devait le connaître; en supposant qu'il ne l'ait pas aperçu, il supporte la conséquence de son incurie[9].

5° Le vice doit exister lors du contrat. S'il est survenu après coup, le contrat a été régulièrement conclu; la survenance subséquente du vice constitue un accident qui retombe sur l'acquéreur[10].

Enfin 6° l'acquéreur doit avoir ignoré le défaut au moment du contrat; s'il l'a connu, il l'a évidemment pris en considération lors de la fixation du prix[11].

(2) Arg. D. *h. t.*, L. 17, § 20. — (3) D. *h. t.*, L. 1, § 8.
(4) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 54. — (5) Arg. D. *h. t.*, L. 7.
(6) D. *h. t.*, L. 4, § 3 initio. — (7) L. 4 cit., § 4 initio. — (8) D. *h. t.*, L. 1, § 9 initio
(9) D. *h. t.*, L. 14, § 10. — (10) C. *h. t.*, L. 3, pr. et § 1 i. f. (L. 3).
(11) D. *h. t.*, L. 48, § 4.

Mais il n'est pas nécessaire que l'auteur ait eu connaissance du défaut[12]. La nature même d'une convention à titre onéreux l'obligeait à livrer une chose non vicieuse; s'il ignorait le vice, il est coupable de l'avoir ignoré; le vendeur notamment doit connaître sa marchandise[13].

II. La garantie du chef des vices de la chose peut être étendue[14] ou restreinte[15] ou même être complètement exclue[16] par les conventions des parties.

1° C'est ainsi que l'auteur peut garantir des qualités de la chose (*dicta vel promissa*)[17]. Mais, pour être obligatoire, la promesse doit se rapporter à une qualité précise ou bien déterminée[18]; des affirmations vagues ou générales au sujet de la bonté de la chose sont insuffisantes[19], car chacun a l'habitude de louer sa marchandise, sans vouloir pour cela prendre un engagement[20]. Celui qui vend un fonds de terre avec indication de la contenance, garantit par là que le fonds a la contenance indiquée; il répond donc du déficit[21], comme d'un vice ou de l'absence de toute autre qualité, et partant l'acheteur peut agir en diminution du prix ou bien en rescision de la vente[22]. Mais un excédent de contenance ne donne pas lieu à une augmentation du prix[23], car pour le prix convenu l'acheteur a stipulé l'immeuble entier; la contenance indiquée au contrat n'était qu'un minimum à garantir par le vendeur. Nous supposons une vente faite pour un prix global; il est évident que si la vente avait eu lieu à tant l'arpent, l'excédent de contenance influerait sur le prix[24].

2° De leur côté, les clauses restrictives ou exclusives de la garantie du chef des vices ne sont valables que si l'auteur a été de bonne foi. Elles sont nulles, comme pactes *ne dolus praestetur,*

(12) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 7-8. — (13) D. *h. t.*, L. 1, § 2.
(14) D. *h. t.*, L. 17, § 20. — (15) D. *h. t.*, L. 14, § 9 initio.
(16) Aulu-Gelle, VII, 4, § 1. — (17) D. *h. t.*, L. 17, § 20, L. 19, § 2.
(18) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 43, pr. i. f.
(19) L. 43, pr. initio, cit., D. *h. t.*, L. 19, pr. — (20) L. 19, pr. i. f., cit.
(21) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 2, pr.
(22) D. *eod.*, L. 4, § 1 initio. Cf. ci-après § 390, 1°, et 391.
(23) Arg. D. 21, 2, *de evict.*, L. 45. — (24) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 40, § 2.

s'il connaissait le vice et qu'au lieu de le déclarer d'une façon précise, il décline la garantie pour le cas où la chose serait vicieuse ; une pareille déclaration est entachée de dol (25).

Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte corporis), ejus nomine non teneri Caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset : ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit (D. *h. t.*, L. 14, § 10).

Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet.. : posteriores enim casus non venditoris, sed emptoris periculum spectant (C. *h. t.*, L. 3, pr. et § 1 (L. 3)).

In aediliciis actionibus exceptionem opponi aequum est, si emptor sciret de fuga aut vinculis aut ceteris rebus similibus, ut venditor absolvatur (D. *h. t.*, L. 48, § 4).

Venditorem, etiamsi ignorans vendiderit, fugitivum non esse praestare emptori oportere Neratius ait (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 7).

Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum (26), domum bene aedificatam (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 43, pr.).

§ 390. *Effets de la garantie du chef des vices de la chose et des qualités promises.*

1° L'acquéreur d'une chose qui est vicieuse (ou qui n'a pas les qualités promises), peut agir en rescision du contrat, à la condition de prouver qu'il ne l'eût pas conclu s'il avait connu le vice (1).

(25) D. *h. t.*, L. 14, § 9 i. f. — (26) Beau.
(1) Cf. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 3.

En effet, le dommage causé par le vice consiste alors précisément dans la conclusion du contrat et partant la réparation du dommage doit consister dans l'annulation du marché. Si l'acquéreur n'est pas en état de fournir la preuve indiquée, il doit se contenter d'une simple diminution du prix; il peut réclamer la restitution de la somme que la chose valait en moins, le jour du contrat, à raison du vice (2). Dans les deux hypothèses, l'auteur doit de plus réparer tout autre dommage qu'il a prévu ou dû prévoir lors du contrat (3). L'acquéreur fait valoir ces droits par l'action naissant du contrat de bonne foi (4) et par l'action de dol (5) ou par une action *in factum* si le contrat est de droit strict. Il les conserve d'ailleurs nonobstant la perte accidentelle (6) ou l'éviction (7) de la chose. Il est lésé par cela seul que le contrat porte sur une chose vicieuse; de ce chef il avait acquis dès le jour du contrat le droit d'exercer un recours en garantie et ce droit ne peut lui être enlevé par la perte fortuite de la chose, encore moins par une éviction qui constitue un autre manquement aux obligations de l'auteur (7). Plusieurs vices peuvent donner lieu à plusieurs recours successifs (8), sauf que si, à raison du second vice, la rescision du contrat est prononcée, il faut tenir compte de la réduction de prix obtenue par la première poursuite (9).

2° Il est loisible aux parties de déroger à ces règles et surtout de convenir que l'auteur payera une somme fixe si la chose est vicieuse ou n'a pas les qualités promises. Ici également, la stipulation du double du prix était usuelle à Rome dans les ventes de quelque importance (10) et, si elle avait été omise lors du contrat, l'acheteur avait le droit de la réclamer après coup par l'*actio empti* (11).

---

(2) Paul, II, 17, § 6; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, pr. initio et § 1 initio.
(3) L. 13, pr. i. f. et § 1, cit. Cf. ci-dessus T. II, § 298, 3°.
(4) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 3, L. 13, pr. et § 1.
(5) D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 37. — (6) D. *h. t.*, L. 47, § 1, L. 48, pr.
(7) D. *h. t.*, L. 44, § 2. — (8) D. *h. t.*, L. 31, § 16 initio.
(9) L. 31, § 16 i. f., cit., cbn. avec D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 10.
(10) D. *h. t.*, L. 31, § 20 initio. — (11) L. 31, § 20, cit.

Redhibitionem quoque contineri empti judicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 3).

Si ut servum quis pluris venderet, de artificio[12] ejus vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus quanto minoris valuisset emptori praestare compellitur (Paul, II, 17, § 6).

Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent, si tamen sine culpa actoris familiaeve ejus vel procuratoris mortuus sit (D. *h. t.*, L. 47, § 1, L. 48, pr.). Nam ..interfuit emptoris sanum possedisse propter operas, neque ex post facto decrescat obligatio : statim enim ut servus traditus est committitur stipulatio quanti interest emptoris (D. *h. t.*, L. 44, § 2).

§ 391. *Règles propres au droit édilitien.*

Les édiles curules avaient établi dans leur édit quelques règles propres aux vices corporels et même à certains vices de l'esprit des esclaves et des bestiaux vendus[1]; on les étendit par analogie aux ventes d'autres choses[2] ainsi qu'à l'échange[3], tandis que les autres conventions à titre onéreux demeurèrent exclusivement régies par les principes du droit civil[4]. Le droit édilitien est plus favorable à l'acheteur (et au copermutant) que le droit civil; il accorde à l'acheteur l'option absolue entre la rescision de la vente et une diminution du prix[5]. Si l'acheteur prend le premier parti, il n'a pas besoin d'établir qu'il n'eût pas contracté s'il avait connu le vice. En effet, étant donné un vice qui diminue sensiblement la valeur de la chose, il est toujours possible que si l'acheteur l'avait connu, il n'eût acquis la chose à aucun prix; dès lors il convenait de s'en rapporter à son appréciation pour le maintien du marché. Peu importe aussi que la chose ne soit pas impropre à l'usage auquel elle est destinée; le motif indiqué n'en

(12) Habileté professionnelle.

(1) D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 38, pr. et § 5. — (2) D. *h. t.*, L. 1, pr.

(3) D. *h. t.*, L. 19, § 5 i. f. — (4) D. *h. t.*, L. 63.

(5) D. 44, 2, *de exc. rei jud.*, L. 25, § 1 initio.

subsiste pas moins[6]. Outre la rescision de la vente ou la diminution du prix, le vendeur doit réparer tout autre dommage qu'il a prévu ou dû prévoir au moment du contrat[7]. Les édiles curules furent ainsi amenés à créer deux actions : l'action rédhibitoire (*actio redhibitoria*, de *re* et *habere*, avoir derechef[8]) tendant à la rescision de la vente[9] et l'action de moins-value ou *quanto minoris*[9] (*res cum veniret fuerit*[10]) en diminution du prix[10]. L'action rédhibitoire se prescrit par six mois utiles[11] et l'action de moins-value par une année utile[12], à dater de la découverte du vice[13]. On appelle rédhibitoires les vices qui donnent lieu aux actions édilitiennes.

Est in potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit (D. 44, 2, *de except. rei jud.*, L. 25, § 1). Si.. quanto minoris agitur, annus utilis est (D. *h. t.*, L. 19, § 6).

G) *Du recours pour lésion;* § 392.

DEDEKIND, *De vera indole et vi laesionis enormis in emtione et venditione contrahenda effectae*, Gœttingen, 1837.

En principe, les conventions ne sont pas rescindables du chef de lésion[1]. Par la nature même des choses, chaque partie a le droit de s'efforcer de contracter aux conditions les plus avantageuses, sauf à s'abstenir de manœuvres frauduleuses[2]. Peuvent seuls demander la rescision pour cause de lésion :

1° les mineurs; ils jouissent d'une manière générale de la restitution en entier contre les actes juridiques qui leur causent un préjudice[3].

(6) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio.
(7) D. *h. t.*, L. 29, § 3 initio, et arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, pr. i. f. et § 1. — (8) D. *h. t.*, L. 21, pr. — (9) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio, L. 18, pr. initio.
(10) D. 44, 2, *de exc. rei jud.*, L. 25, § 1 initio. — (11) D. *h. t.*, L. 19, § 6 initio.
(12) L. 19, § 6, cit. — (13) D. *h. t.*, L. 55, et arg. de cette loi.
(1) D. 19, 2, *loc.*, L. 23. — (2) D. *eod.*, L. 22, § 3.
(3) Cf. ci-dessus T. I, § 104, II, A, 1°.

2° Le vendeur qui a vendu une chose au-dessous de la moitié de sa valeur véritable. S'il l'a vendue à un prix aussi minime, c'est qu'il y a été contraint par la nécessité; il a dû se procurer de l'argent à tout prix pour subvenir à ses besoins, et de plus l'acheteur a exploité cette situation d'une façon malhonnête (4).

3° Dans le cas d'un partage conventionnel, le copartageant qui a éprouvé une lésion considérable; une lésion d'outre moitié n'est pas nécessaire. En effet, le partage repose sur le principe de l'égalité, en ce sens qu'il a pour but de procurer à chaque communiste l'équivalent de sa part indivise dans les biens communs; or ce principe est blessé par une lésion importante (5).

Mais il faut repousser le recours pour lésion dans les autres conventions commutatives, et même dans la vente le refuser à l'acheteur. Il s'agit d'un droit exceptionnel qu'on ne pourrait admettre que sur le fondement d'un texte positif; or un pareil texte n'existe ni pour l'acheteur ni pour aucune convention autre que la vente et le partage conventionnel; quant aux lois relatives au vendeur et aux copartageants, comme elles sont exceptionnelles, il n'est pas permis de les étendre par analogie. Mais l'analogie elle-même fait défaut; les considérations spéciales qui militent au profit du vendeur et des copartageants, ne peuvent être invoquées par d'autres contractants. Si l'on est parfois forcé de vendre pour se procurer de l'argent, on est toujours libre de ne pas acheter ou de ne pas conclure des conventions autres que la vente. De même, le principe de l'égalité qui justifie la rescision du partage conventionnel pour cause de lésion, est propre à cette convention (6).

---

(4) C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 2. Cf. ci-après § 397, III, 2°.

(5) *Consultatio vet. jurisconsulti* II, 3; C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 3. Cf. ci-après § 400, 1° et 2°. Voyez en ce sens GŒSCHEN, II (2), § 643 initio, PUCHTA, *Pand.*, § 373, note f, et *Vorles.* II, § 373, et ARNDTS, § 320 i. f. Contra MOLITOR, cité, II, n° 696, et MAYNZ, II, § 278, note 16 i. f.

(6) Voyez en ce sens GŒSCHEN, II (2), § 505, PUCHTA, *Pand.*, § 364 i. f., et *Vorles.* II, § 364 i. f., MOLITOR, cité, I, n° 522, VANGEROW, III, § 611, *Anm.*, n° I, MAYNZ, II, § 214 i. f., et WINDSCHEID, II, § 396, note 2, n° 2.

Contra DEDEKIND, cité, § 5-9 et 27, UNTERHOLZNER, cité, T. II, § 452, III initio, THIBAUT, I, § 430, et MÜHLENBRUCH, II, § 406, 4° initio.

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est : et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest (D. 19, 2, *loc.*, L. 22, § 3, L. 23).

VIII. Des effets des conventions à l'égard des tiers; § 393.

I. 3, 28, *per quas personas nobis obligatio adquiritur.*

I. Les conventions sont sans effet à l'égard des tiers; elles ne peuvent ni leur nuire, ni leur profiter; *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest** (1). Les tiers n'ayant pas concouru au contrat, doivent demeurer étrangers à ses effets (2). En conséquence :

A) La promesse du fait d'un tiers est nulle à l'égard de ce tiers (3). Elle est aussi nulle pour le promettant (4); celui-ci a promis quelque chose d'impossible; la prestation du fait d'un tiers est hors de son pouvoir. Mais le promettant est obligé si, à côté du fait du tiers, il promet un fait personnel; alors la promesse du fait personnel est valable, malgré la nullité de la promesse du fait d'autrui. C'est ce qui arrive si, en promettant qu'un tiers fera quelque chose, on s'engage à payer une peine pour le cas où ce fait ne serait pas presté (5) ou bien si l'on se porte fort pour le tiers, en d'autres termes, si l'on garantit personnellement que le fait sera presté (6); dans les deux cas, on s'oblige à la prestation d'un fait personnel et, à défaut du fait d'autrui, l'on est tenu de payer soit la peine promise, soit des dommages et intérêts. De même, si l'on a promis ' pour soi *et* pour un tiers ', on est tenu pour moitié (7); la promesse se divise pour moitié entre le tiers et le promettant, et vis-à-vis de ce dernier elle est valable. Enfin,

(1) C. 7, 60, *inter alios acta v. jud. aliis non nocere*; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 11 i. f. — (2) Cf. L. 11 initio, cit.

(3) Arg. C. 7, 60, *inter alios acta v. jud. aliis non nocere*, L. 3.

(4) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 3 initio. — (5) I. *eod.*, § 21. — (6) I. *eod.*, § 3 i. f.

(7) Nov. 115, c. 6, v[is] Quodsi quis........ solvat.

si l'on a promis 'pour soi *ou* pour un tiers', on est obligé à un payement intégral(8), car on a promis le tout pour compte personnel.

B) Pareillement la stipulation en faveur d'un tiers est nulle à l'égard de ce tiers(9), par application du principe énoncé, et nulle à l'égard du stipulant, faute d'intérêt(10). Mais le stipulant devient créancier si, indépendamment de la stipulation pour autrui, il en fait une pour son compte personnel; alors la dernière stipulation doit produire ses effets, nonobstant la nullité de la première. Ainsi :

1° On se fait promettre valablement une peine pour le cas où la prestation stipulée au profit du tiers ne s'effectuerait point(11).

2° La stipulation pour un tiers est valable si le stipulant y a un intérêt indirect(12). Un pareil intérêt existe toutes les fois que la stipulation pour autrui forme l'accessoire d'un contrat que le stipulant conclut pour lui-même. Elle est alors un mode imposé à la partie adverse, et le stipulant est intéressé à l'exécution de ce mode; s'il ne l'avait pas stipulé, il aurait fait une autre stipulation pour son compte personnel. C'est ainsi que le vendeur d'une chose louée peut stipuler de l'acheteur que celui-ci laissera le preneur en jouissance(13); de même le donateur impose valablement au donataire une charge au profit d'un tiers(14); dans les deux cas, le stipulant agit valablement en exécution de la convention accessoire(15). — La stipulation ainsi faite valablement en faveur d'un tiers peut aussi avoir de l'effet à l'égard du tiers. Par rapport à ce dernier, elle constitue une offre de la part du stipulant; cette offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée(16). Mais si, avant toute révocation, le tiers l'accepte, il a un droit acquis au bénéfice de la stipulation et peut agir contre le promet-

(8) Nov. 115, c. 6, v[is] Si vero........ cogatur.

(9) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 initio. — (10) I. *eod.*, § 19 initio.

(11) § 19 cit., v[is] Plane si......... — (12) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 20.

(13) C. 4, 65, *de loc.*, L. 9. — (14) C. 8, 54 (55), *de donat. quae sub modo*, L. 3.

(15) C. 4, 65, *de loc.*, L. 9; Arg. C. 8, 54 (55), *de donat. quae sub modo*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f.). Cf. Molitor, cité, I, n° 596, 2° initio, et n° 62 i. f.

(16) Cf. Molitor, cité, I, n° 62, *a* initio.

tant en exécution de la promesse(17); par exemple le tiers en faveur de qui un mode a été ajouté à une donation, a action contre le donataire(18).

3° Si l'on stipule ' pour soi *et* pour un tiers ', on est créancier de la moitié de la chose stipulée(19) et si l'on stipule ' pour soi *ou* pour un tiers ', on est créancier de la totalité(20). Dans le dernier cas le tiers est un *adjectus solutionis causa**; le débiteur a le droit de payer entre ses mains(21), mais le tiers ne devient en aucune façon créancier et partant il est sans action contre le débiteur(22).

II. Mais ne peut-on pas contracter pour un tiers au nom de ce tiers, c'est-à-dire comme son représentant? En général l'ancien droit romain ne l'admettait point, parce que rigoureusement on ne peut vouloir au nom d'autrui; on ne peut vouloir qu'en nom propre(23). Le représentant, mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires, contractait donc en nom propre(24), devenait personnellement débiteur ou créancier des tiers avec qui il contractait, et était soumis à l'action de ces tiers(25) ou bien avait action contre eux(26). Les tiers ne pouvaient en aucune façon agir contre le principal, ni celui-ci contre les tiers. La représentation n'avait d'effet qu'entre le principal et le représentant. Le mandataire, par exemple, devenu débiteur d'un tiers disposait contre le mandant de l'action contraire de mandat, pour se faire libérer de la dette; le mandant devait payer le tiers créancier ou bien, si celui-ci y consentait, s'obliger envers lui au lieu et place du mandataire(27). Dans le cas où le mandataire payait le tiers de ses propres deniers, il avait le droit de se faire rembourser la dépense par la même

(17) L'action du stipulant lui appartient *utiliter*, comme dans le cas de mandat, car il y a ratification d'une gestion d'affaires. Cf. le n° II, 2°, du présent paragraphe.

(18) C. 8, 54 (55), *de donat. quae sub modo*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f.); arg. C. 4, 65, *de loc.*, L. 9 initio.

(19) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4, v[is] Quod si quis......... ei adquiri.

(20) § 4 cit., v[is] ut obligatio quidem stipulatori adquiratur.

(21) § 4 cit., v[is] Plane solutio......... mandati actionem.

(22) D. 46, 3, *de solut.*, L. 10. Cf. ci-dessus T. II, § 287, I, 2°.

(23) C. 4, 50, *si quis alteri*, L. 6, § 3 (L. 6 i. f.).

(24) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9, pr. i. f.; D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 5, § 6.

(25) L. 5 cit., § 8. — (26) L. 5 cit., § 6-7. — (27) D. 17, 1, *mand.*, L. 45, pr.

action[28]. Réciproquement, le mandataire étant devenu créancier d'un tiers, le mandant pouvait le forcer, par l'action directe de mandat, à lui céder les actions acquises contre le tiers[29] et poursuivre ensuite ce dernier par les actions cédées. Si le mandataire avait déjà touché la créance, il devait compte au mandant de ce qu'il avait reçu[30]. Mais plus tard cette théorie rigoureuse fut modifiée de manière à faire produire au contrat conclu par le représentant des effets directs entre le principal et les tiers, en excluant jusqu'à un certain point ses effets vis-à-vis du représentant. Dans l'exposé qui va suivre, nous nous attacherons au mandat.

1° Les tiers devenus créanciers en vertu d'un contrat conclu avec le mandataire obtinrent d'une manière générale des actions contre le mandant, savoir l'action exercitoire, l'action institoire et l'action quasi-institoire, dont l'objet respectif sera indiqué dans la théorie du mandat[31]. Ils sont même réduits à ces actions et ne peuvent poursuivre le mandataire si celui-ci, agissant d'ailleurs dans les limites de ses pouvoirs, leur a indiqué le mandant; car alors ils ont dû contracter en vue du mandant et il est juste que son insolvabilité retombe sur eux, qui ont voulu profiter du contrat, plutôt que sur le mandataire, qui rendait un pur service[32]. A raison de cette double réforme, il existe dans le droit de Justinien une représentation de fait en faveur du mandataire.

2° Lorsque, en sens opposé, les tiers étaient devenus débiteurs en vertu du contrat conclu avec le mandataire, le mandant obtint, d'une façon non moins générale, des actions utiles fictices contre les tiers, sans devoir demander au mandataire la cession de ses actions[33]. Mais le mandataire n'en resta pas moins créancier des tiers et conserva contre eux ses actions directes[34], sauf qu'il est

(28) PAUL, II, 15, § 2. — (29) D. 17, 1, *mand.*, L. 45, pr. i. f.

(30) D. 3, 3, *de procur.*, L. 46, § 4. — (31) § 431-432.

(32) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 5, § 3 (L. 6, § 1); D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 20. Cf. UNTERHOLZNER, cité, I, § 95, B, p. 196-198, THIBAUT, I, § 455 et 457-459, et MAYNZ, II, § 222, et note 18, § 223, 1° initio et 2°, note 12.

(33) Cf. D. 3, 3, *de procur.*, L. 68, et D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 5.

(34) D. 3, 3, *de procur.*, L. 28 initio.

exclu par le mandant si celui-ci agit en même temps contre les tiers(35). Enfin, la stipulation d'une hypothèque de la part d'un mandataire fait acquérir directement le droit d'hypothèque au mandant(36) et, comme on acquiert la possession et la quasi-possession par un mandataire(37), la tradition et la quasi-tradition faites à ce dernier procurent directement au mandant les autres droits réels; car tous s'acquièrent sous Justinien par la tradition ou par la quasi-tradition; celles-ci transfèrent au mandant le droit réel en même temps que la possession ou la quasi-possession(38).

III. Les règles exposées ci-dessus admettent quelques exceptions plus apparentes que réelles.

1° On peut contracter par messager, avec cet effet que la partie contractante est la personne qui a envoyé le messager, à l'exclusion du messager lui-même. La raison en est que le messager est un simple organe de l'expéditeur(39).

2° Les esclaves et les enfants sous puissance stipulent valablement au nom de leur chef de famille(40). C'est que, en droit, ils ne forment qu'une seule personne avec lui; le chef de famille est censé faire lui-même la stipulation par leur intermédiaire; d'après un texte, la voix du fils de famille équivaut à la voix du père; *filii vox tamquam tua intellegitur*(41). Comme l'esclave ne peut rien avoir en propre, même les stipulations qu'il faisait pour lui profitaient à son maître(42). Anciennement les stipulations que les enfants sous puissance faisaient pour eux-mêmes, profitaient aussi à leur père de famille; car ils n'avaient pas davantage un patrimoine propre(42); mais cette règle a cessé avec son motif dans le droit de Justinien, qui leur accorde une pleine capacité d'acquérir(43). — D'autre part, toujours à raison

(35) L. 28 cit., v^is Sed et si egit......... procurator factus.

(36) C. 4, 27, *per quas pers nob. adquir.*, L. 3 (2).

(37) C. 7, 32, *de adquir. et retin. poss.*, L. 1.

(38) I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 5 i. f., et arg. de ce texte.

(39) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 14, § 3, L. 15. Cf. ci-dessus T. II, § 374, II, 2°.

(40) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38, § 17 initio. — (41) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 i. f.

(42) Gaius, II, 87 initio. — (43) I. 3, 28, *per quas pers. nob. oblig. adquir.*, pr. i. f.

de l'unité de personne, si le chef de famille a abandonné un pécule à ses esclaves ou à ses enfants sous puissance, il est obligé par leurs conventions jusqu'à concurrence du pécule et soumis à l'*actio de peculio*(44).

Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 3), nisi pœnam ipse promiserit (I. *eod.*, § 21). Quodsi effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur (I. *eod.*, § 3).

Alteri stipulari..nemo potest : inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet (I. *eod.*, § 19).

Si absens sit pupillus, oportere tutorem suo nomine stipulari nequaquam ambigendum est (D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9, pr.).

Constituere.. possumus.. per nuntium.. quia ministerium tantummodo.. praestare videtur (D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 14, § 3, L. 15).

SECTION II. — DES PRINCIPALES CONVENTIONS CONSIDÉRÉES EN PARTICULIER.

I. De la stipulation.

I. 3, 15, *de verborum obligatione*. — D. 45, 1, *de verborum obligationibus*.
C. 8, 37 (38), *de contrahenda et committenda stipulatione*.

GNEIST, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts*, p. 113-318, Berlin, 1845.
GIRTANNER, *Die Stipulation*, Kiel, 1845.

§ 394. *Notions générales.*

1° La stipulation (*stipulatio*, *sponsio*) est une forme de contracter où les parties consentent de vive voix et au moyen d'une question du créancier et d'une réponse du débiteur(1). C'est une forme générale de contracter, susceptible d'être appliquée à une

(44) I. 4, 6, *de action.*, § 10.
(1) PAUL, II, 3, § 1 initio.

convention quelconque (2). Elle constitue le contrat le plus important du droit romain. Sa prépondérance est due à la règle d'après laquelle, à l'exception des contrats consensuels et des pactes confirmés, la simple convention des parties n'est qu'un pacte sans force civile (3); la forme de la stipulation servait à la rendre civilement obligatoire (4). Les caractères distinctifs de la stipulation sont au nombre de deux. D'abord les parties doivent consentir de vive voix, *verbis*; c'est un contrat verbal (5). On ne peut le conclure par lettre ou par messager (6), car un contrat n'est vraiment verbal que si les contractants s'entendent l'un l'autre (7). En définitive, la stipulation exige la présence des parties (8). Ensuite, le consentement doit se manifester par une question du créancier et une réponse du débiteur (9), par exemple comme suit : *Spondesne mihi centum aureos dare?* — *Spondeo*. A raison de ce caractère, la stipulation est un contrat essentiellement unilatéral; en répondant à une question, on ne peut obliger que l'interrogateur. Pour revêtir de la forme de la stipulation une convention bilatérale, il faut une double stipulation, une *stipulatio* et une *restipulatio* (10).

2° La stipulation est un contrat de droit strict (11), produisant l'*actio ex stipulatu* (12), qui est une *condictio certi vel incerti* d'après son objet (13). D'après la rigueur du droit, la stipulation ne comportait pas de condition ni de terme résolutoire; la condition ou le terme était réputé non écrit et la stipulation considérée comme pure et simple. Mais déjà le droit prétorien maintenait le contrat tel qu'il avait été fait et accordait une exception de dol au promettant poursuivi après l'accomplissement de la condition ou après l'expiration du terme résolutoire (14).

(2) D. *h. t.*, L. 5, pr., v^is Conventionales sunt.......... contracto.
(3) Paul, II, 14, § 1. — (4) Paul, II, 22, § 2. — (5) I. *h. t.*, pr. initio.
(6) Gaius, III, 136 i. f. — (7) D. *h. t.*, L. 1, pr., v^is exaudire invicem debent.
(8) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 12. — (8) I. *h. t.*, pr. initio.
(9) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 3 i. f. — (10) Gaius, IV, 165 initio.
(11) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 2 initio. — (12) Paul, II, 22, § 2.
(13) Cf. I. *h. t.*, pr., v^is Ex qua........ incerta.
(14) I. *h. t.*, § 3; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44, § 2.

§ 395. *Des diverses espèces de stipulations.*

I. 3, 18, *de divisione stipulationum.*

Bien que les stipulations soient très généralement l'œuvre de la libre volonté des parties (1), elles sont assez souvent imposées en justice (2), pour assurer l'exécution d'une obligation (3) ou pour la créer (4), et alors on les appelle de préférence cautions (*cautiones*) (5). Les règles qui régissent les cautions ont été indiquées ailleurs (6). Selon que, à l'époque classique, elles étaient seulement fournies *in jure*, ou seulement *in judicio* ou bien dans les deux phases de la procédure, elles reçoivent la qualification de prétoriennes, de judiciaires ou de communes (7). Sont prétoriennes la caution usufructuaire (8), la *cautio damni infecti* (9), et la *cautio legatorum servandorum causa* (9). La *cautio de non amplius turbando* est judiciaire (10). Sont communes la *cautio rem pupilli salvam fore* (11), la *stipulatio duplae* relative à la garantie du chef d'éviction ou des vices de la chose vendue (12), la *cautio ratam rem dominum habiturum* (13), la *cautio judicatum solvi* (14) et la *cautio judicio sisti* (15).

II. De la vente.

I. 3, 23, *de emptione et venditione.*

TREITSCHKE, *Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen*, Leipzig, 1866, 2de édition publiée après le décès de l'auteur par Wengler.

BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, T. 1 et 2, 1re partie, Erlangen, 1876-1884.

§ 396. *Notions générales.*

La vente (*emptio et venditio*) est le contrat par lequel une personne s'engage à faire avoir une chose à une autre personne,

(1) I. *h. t.*, pr. et § 3. — (2) I. *h. t.*, pr. § 1, 2 et 4.
(3) D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 1, § 4.
(4) D. 39, 2, *de damno inf.*, L. 7, pr. initio. — (5) I. *h. t.*, § 1 et 4.
(6) T. I, § 34. — (7) § 34, I, 2°. — (8) Arg. D. 7, 9, *usufr. quemadm. cav.*, L. 5, § 1.
(9) I. *h. t.*, § 2 initio. — (10) D. 8, 5, *si serv. vindic.*, L. 7. — (11) I. *h. t.*, § 4.
(12) D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. — (13) I. *h. t.*, § 4 i. f.
(14) THÉOPHILE, *Paraphrase des* I. *h. t.*, § 4 i. f.
(15) Cf. D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 1, pr. et § 3.

dans le but de l'aliéner, moyennant la promesse réciproque d'une somme d'argent. Ainsi :

1° Le but du contrat est d'aliéner une chose corporelle ou incorporelle. Dans le cas où il s'agit de choses corporelles, les parties contractent sur la propriété; elles ont l'intention respective de transférer et d'acquérir la propriété (1). Si elles ne contractaient que sur l'usage, il y aurait louage de choses (2).

2° Mais le vendeur de choses corporelles n'a pas l'obligation directe d'en transférer la propriété, il doit seulement les faire avoir à l'acheteur, lui en procurer la libre possession (3); il est tenu *ad tradendum* (4) et non *ad dandum* (5). Il en résulte que l'acheteur de la chose d'autrui ne peut exercer un recours contre le vendeur qu'après avoir été dépossédé de la chose; tant que l'acheteur continue de posséder, le vendeur satisfait à son obligation de lui faire avoir la libre possession de la chose (6). La règle énoncée fut probablement établie en vue des pérégrins. L'ancien droit romain ne connaissait que la propriété civile et les pérégrins étaient incapables de l'avoir; on les aurait donc mis dans l'impossibilité de vendre et d'acheter, de conclure un contrat qui était éminemment du droit des gens, si l'on avait imposé au vendeur l'obligation de rendre l'acheteur propriétaire (7). Il va de soi que si le vendeur a la propriété de la chose vendue, l'acheteur, conformément au but du contrat, devient propriétaire par la tradition et le payement du prix (8).

Quotiens.. alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 65). Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus (D. *eod.*, L. 80, § 3).

(1) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 65 i. f. — (2) D. *eod.*, L. 80, § 3.
(3) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 30, § 1. — (4) D. *eod.*, L. 11, § 2 initio.
(5) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 25, § 1.
(6) D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1, pr., v[is] venditori sufficit....... nihil debet.
(7) MAYNZ, II, § 212, Observation 1 initio. Cf. MOLITOR, cité, I, n° 381 i. f.
(8) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 2.

Rem praestare venditorem oportet, id est tradere (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 2), ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat (D. *eod.*, L. 30, § 1).

§ 397. *Conditions de la vente.*

D. 18, 1, et C. 4, 38, *de contrahenda emptione.*

La vente exige la capacité des contractants, une chose, un prix et le consentement des parties.

I. Le vendeur doit être capable d'aliéner[1] et l'acheteur capable de promettre. Le premier, d'après le but du contrat, veut faire une aliénation; pour le second il s'agit d'acquérir et de s'obliger, le payement du prix de vente est le payement d'une acquisition plutôt qu'une aliénation. Notamment, un impubère et un pubère mineur sous curatelle sont incapables de vendre[2]; un impubère ne peut pas davantage acheter[3], mais un pubère mineur est capable d'acheter[4]. Une incapacité spéciale frappe les administrateurs des biens d'autrui (mandataires, tuteurs et curateurs); ils ne peuvent acheter des biens dont l'administration leur est confiée[5]. Un pareil achat mettrait leur devoir en conflit avec leur intérêt; leur devoir leur prescrit de vendre au prix le plus élevé, leur intérêt leur commande d'acheter au prix le plus faible.

II. On peut généralement vendre toute espèce de choses[6], corporelles on incorporelles[7], présentes ou futures[8], pourvu qu'elles soient dans le commerce[9] et non frappées d'une prohibition d'aliéner[10]. La vente de choses futures, c'est-à-dire de choses susceptibles d'exister, affecte deux formes différentes : elle porte tantôt sur la simple espérance d'une chose future, *emptio spei*[11],

(1) Arg. C. 2, 21 (22), *de in integ. restit. min.*, L. 3.

(2) L. 3 initio, cit. Mais un pubère mineur qui n'est pas sous curatelle, est capable de vendre (L. 3 i. f., cit.). — (3) I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. i. f.

(4) Cf. ci-dessus T. II, § 369. — (5) D. *h. t.*, L. 34, § 7, L. 46.

(6) D. *h. t.*, L. 34, § 1 initio. — (7) D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 17.

(8) D. *h. t.*, L. 8, pr. initio. — (9) D. *h. t.*, L. 34, § 1.

(10) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, pr.; C. 8, 36 (37), *de litig.*, L. 2, L. 5 (4), pr. initio. Cf. ci-dessus T. I, § 210. — (11) D. *h. t.*, L. 8, § 1 initio.

tantôt sur la chose corporelle elle-même que l'on espère voir arriver à l'existence (12), *emptio rei speratae**.

1° La vente d'une simple espérance a pour objet cette espérance et non les choses corporelles auxquelles se rapporte l'espérance (13). Dès lors, peu importe la quantité ou la qualité de ces choses, peu importe qu'elles viennent à manquer complètement, la vente n'est pas pour cela dépourvue d'objet; elle reste valable d'une manière absolue (13) et l'acheteur doit payer tout le prix convenu (14). La vente est donc aléatoire sous le triple rapport de la qualité, de la quantité et de l'existence des choses futures. Par contre, la vente d'une chose espérée ayant pour objet une chose corporelle n'existe qu'en tant que cette chose arrive à l'existence; pour le surplus, elle manque d'objet et elle est complètement nulle si le produit espéré est nul (15). L'acheteur ne doit donc payer le prix qu'en proportion de ce qu'il obtient (16) et ne doit rien payer si le produit est nul. Il supporte seulement les risques de la mauvaise qualité des choses futures, car celles-ci ont été vendues telles quelles; ce n'est qu'à ce point de vue que la vente est aléatoire.

2° Quand la vente de choses futures constitue-t-elle soit une *emptio spei*, soit une *emptio rei speratae?* Il faut consulter le contrat pour y découvrir la volonté expresse ou tacite des parties. S'il n'existe aucun autre moyen de constater cette volonté, c'est la manière dont la vente a été conclue, qui est décisive. Il y aura *emptio spei* si l'on a vendu une masse entière de choses futures pour un prix global, *per aversionem* (toute la récolte à faire sur tel fonds de terre pour 2000 as) (17). L'acheteur qui accepte un pareil marché, s'engage implicitement à payer l'intégralité du prix convenu, quelque faible ou mauvais que soit le produit, comme il ne doit jamais subir une augmentation de prix, quelque considérable ou bon que soit le produit. Mais il y aura *emptio rei speratae*

(12) L. 8 cit., pr. initio. — (13) L. 8 cit., § 1 initio.

(14) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 18, v^is^ quemadmodum recipitur....... habebit. — (15) Arg. D. *h. t.*, L. 8, pr. initio. — (16) D. *h. t.*, L. 39, § 1.

(17) D. *h. t.*, L. 78, § 3.

si l'on a vendu à tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure une masse entière de choses futures (une récolte future à raison de 100 as la mesure) ou une quantité déterminée de pareilles choses (10 mesures de la récolte future à raison de 100 as la mesure), ou bien encore si l'on a vendu une quantité déterminée de choses futures pour un prix global (10 mesures de la récolte future pour 1000 as). Dans tous ces cas, les parties veulent proportionner le prix à la quantité du produit, sans égard à sa qualité, et tels sont précisément les caractères de l'*emptio rei speratae*. Cela est vrai même dans le dernier cas, où le prix est global; car ce prix est fixé en vue d'une quantité déterminée de choses; c'est comme si la vente s'était faite à tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure (18).

III. Le prix de vente doit consister en argent monnayé, être sérieux et certain.

1° Le prix doit consister en argent monnayé (19). S'il consiste en une autre chose, il y a une convention relative à un contrat innomé et spécialement une convention d'échange si chaque partie s'est engagée à faire une dation (20). A la vérité, d'après les Sabiniens, le prix de vente pouvait être une chose quelconque, ce qui confondait l'échange avec la vente; mais l'opinion contraire des Proculéiens prévalut (21). Toutefois, le prix du vente peut consister accessoirement en choses autres que de la monnaie (22), car un contrat se qualifie naturellement d'après son objet principal, et la vente subsiste bien que le vendeur ait accepté en payement une chose autre que la somme d'argent convenue (23); par cette dation en payement les parties veulent exécuter la vente et non conclure un contrat nouveau.

2° Le prix doit être sérieux. Cela suppose d'abord qu'il ne soit pas simulé; le vendeur doit l'avoir stipulé dans l'intention de

(18) D. *h. t.*, L. 39, § 1. Cf. VANGEROW, III, § 632, *Anm.*, n° I, 1° i. f., et NAMUR, II, § 255, 4. Contra UNTERHOLZNER, cité, T. II, § 442, 1, 1°, B, MOLITOR, cité, I, n° 375 i. f., et MAYNZ, II, § 209, A i. f. — (19) I. *h. t.*, § 2 initio.

(20) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, § 1 initio. — (21) I. *h. t.*, § 2.

(22) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 21, § 4. — (23) C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 9.

l'exiger et non pour la forme (24); un prix simulé n'est pas un prix. Il faut ensuite que le prix ne soit pas dérisoire, tellement insignifiant qu'on ne saurait le considérer comme un prix; tel est le cas où l'on vend une maison pour une seule pièce de monnaie, *uno nummo* (25); un prix dérisoire n'est pas un prix. A défaut d'un prix sérieux, il y a donation (26), car il y a intention de faire et de recevoir une libéralité, et les règles de la donation sont applicables (27). Mais le prix de vente ne doit pas être juste, c'est-à-dire correspondre à la valeur véritable de la chose (28); un prix inférieur ou supérieur à cette valeur ne laisse pas d'être un prix véritable. Toutefois, celui qui a vendu une chose au-dessous de la moitié de sa valeur, peut faire rescinder la vente (29), comme il a été expliqué ci-dessus (30). Encore l'acheteur a-t-il la faculté de maintenir le marché, en payant le supplément de la valeur véritable de la chose (31); par ce payement il fait cesser la lésion qui était la base unique de l'action du vendeur. Il y a ici une obligation dite facultative (32). Il se peut qu'en vendant une chose au-dessous de sa valeur, on ait voulu avantager l'acheteur (33), et cette intention doit être admise si l'on a connu la vraie valeur de la chose et qu'on n'ait pas vendu par nécessité; il y a alors vente gracieuse. Celle-ci est avant tout une vente soumise aux règles de ce dernier contrat (34). Mais elle renferme une donation, à laquelle on applique la théorie des donations (35).

3° Le prix doit être certain; le contrat doit le déterminer ou contenir des éléments à l'aide desquels on le détermine (36), sinon il n'y a pas de véritable prix (37).

(24) D. *h. t.*, L. 36. — (25) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 46. — (26) C. *h. t.*, L. 9 i. f.
(27) Arg. D. *h. t.*, L. 38 i. f. — (28) L. 38 initio, cit.
(29) C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 2. — (30) T. II, § 392, 2°.
(31) C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 2.
(32) Cf. ci-dessus T. II, § 327. Voyez Dedekind, *De vera origine et vi laesionis enormis in emtione et venditione contrahenda effectae*, Gœttingen, 1837.
(33) D. *h. t.*, L. 38 initio. — (34) L. 38 cit.
(35) L. 38 i. f., cit.; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 5.
(36) I. *h. t.*, § 1; D. *h. t.*, L. 7, § 1.
(37) I. *h. t.*, § 1 i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 372, 2°.

IV. La vente exige le consentement des parties. Mais, comme elle est un contrat consensuel, ce seul consentement suffit(38); il ne faut ni la tradition de la chose, ni le payement du prix, ni la rédaction d'un écrit(39).

Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut cum editus esset partus, jam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur... Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur : emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est (D. *h. t.*, L. 8, pr. et § 1).

Pretium autem constitui oportet : nam nulla emptio sine pretio esse potest (I. *h. t.*, § 1).

Pretium in numerata pecunia consistere debet (I. *h. t.*, § 2).

Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 21, § 4).

Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere (D. *h. t.*, L. 36).

Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet (D. *h. t.*, L. 38).

Sed et certum pretium esse debet (I. *h. t.*, § 1).

Emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit (I. *h. t.*, pr.).

§ 398. *Effets de la vente.*

D. 19, 1, et C. 4, 49, *de actionibus empti et venditi.*

La vente oblige nécessairement les deux parties l'une envers l'autre(1); c'est un contrat bilatéral parfait. Le vendeur a l'*actio venditi* et l'acheteur l'*actio empti*.

(38) I. *h. t.*, pr. initio.

(39) Pr. initio, cit.; I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 1. Cf. ci-dessus T. II, § 365, II, 1°, et 374, II.

(1) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 3 cbn. avec le pr.

I. *Obligations du vendeur.* En général, le vendeur doit faire avoir la chose vendue à l'acheteur (2). S'il s'agit de choses corporelles, il doit en procurer la libre possession (*vacua possessio*) à l'acheteur (3) et notamment :

1° Il est tenu de lui livrer la chose (4), c'est-à-dire de lui en transférer la libre possession (5) ; dans l'intervalle entre la vente et la tradition, il a l'obligation de veiller à la garde et à la conservation de la chose (6).

2° Il est soumis à la garantie du chef d'éviction (7) ou des vices (8) de la chose.

II. *Obligations de l'acheteur.* 1° L'acheteur doit payer le prix convenu (9). Si la chose vendue est frugifère, il est en outre tenu de payer les intérêts du prix à dater du jour de la vente (10) ; si la chose n'est pas frugifère, les intérêts sont dus à partir de la tradition (11). En effet, l'acheteur a tout le profit de la chose, dans le premier cas depuis la vente et dans le second depuis la tradition ; dès lors, il est juste que pour la même période le vendeur profite du prix (12).

2° L'acheteur est tenu de rembourser les impenses que le vendeur a faites à la chose entre le contrat et la tradition, si elles étaient nécessaires ou conformes à la volonté présumée de l'acheteur (13).

Usurae venditori post traditam possessionem arbitrio judicis praestantur ; ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei vice mutua (14) praeberi necesse est : in neutro mora considerabitur (*Vatic. fragm.* 2). Nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere (D. *h. t.*, L. 13, § 20).

(2) D. *h. t.*, L. 30, § 1. — (3) D. *h. t.*, L. 11, § 2 initio, cbn. avec L. 3, pr. et L. 2, § 1.
(4) D. *h. t.*, L. 11, § 2 inito. — (5) D. *h. t.*, L. 2, § 1.
(6) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 3, L. 15 (14), § 1.
(7) D. *h. t.*, L. 11, § 2, L. 3, pr. Cf. ci-dessus T. II, § 387-388bis.
(8) D. *h. t.*, L. 13, pr. et § 1. Cf. ci-dessus T. II, § 389-391.
(9) D. *h. t.*, L. 13, § 20 inito. — (10) *Vatic. fragm.* 2.
(11) Arg. même texte et D. *h. t.*, L. 13, § 20. — (12) L. 13, § 20 i. f., cit.
(13) D. *h. t.*, L. 13, § 22. — (14) Contre payement des intérêts du prix.

Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus (*scil. venditor*), qui facti sunt in re distracta, ut puta.. si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas[15], quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi (D. *h. t.*, L. 13, § 22).

III. De l'échange; § 399.

D. 19, 4, et C. 4, 64, *de rerum permutatione.*

L'échange (*permutatio*) est le contrat par lequel une personne donne une chose à une autre, en vue d'une dation réciproque [1]. Il est antérieur à la vente, qui commença seulement à être en usage lorsque la monnaie fit son apparition à Rome dans les premiers temps de la république[2]. Au surplus les deux contrats sont similaires[3] et régis par les mêmes règles[4], sauf les différences suivantes :

1° L'échange est un contrat réel; il exige pour sa perfection la tradition de l'une des choses qu'il s'agit d'échanger[5]. La convention d'échange est un simple pacte dépourvu d'action; elle n'acquiert force civile que par l'emploi de la forme de la stipulation[6].

2° L'échange est un contrat réel innomé, produisant l'action *praescriptis verbis* en exécution du contrat et la *condictio causa data causa non secuta* pour en obtenir la résolution si la partie adverse ne remplit pas ses obligations[7]. La rescision de la vente pour cause d'inexécution des obligations de la partie adverse peut seulement être demandée si l'exécution du contrat ne présente plus aucune utilité[8].

3° Les deux copermutants sont directement tenus de transférer la propriété de la chose qui fait l'objet de leur obligation; ils sont

(15) Pour l'instruction de l'esclave.
(1) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, § 1. — (2) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 1, pr.
(3) C. *h. t.*, L. 2. — (4) D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 2; D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 19, § 5.
(5) D. *h. t.*, L. 1, § 2. — (6) C. *h. t.*, L. 3.
(7) C. *h. t.*, L. 4, § 1 (L. 4 i. f.). Cf. ci-dessus T. II, § 383 et 386, I, 1°.
(8) Cf. § 386, I, 3°.

obligés *ad dandum*(9). Si donc l'un d'eux a fait sa dation, tandis que l'autre livre la chose d'autrui, le premier conserve l'action *praescriptis verbis* contre le second(10). Dans la vente, une obligation de donner n'incombe qu'à l'acheteur et non au vendeur(11).

4° La tradition de l'une des choses qu'il s'agit d'échanger transfère la propriété à l'*accipiens*, quoiqu'il n'ait pas encore fait sa tradition réciproque(12). L'acheteur ne devient en général propriétaire de la chose livrée que s'il a payé le prix(13).

5° L'échange n'est pas rescindable pour cause de lésion(14).

Permutatio.. ex re tradita initium obligationi praebet (D. *h. t.*, L. 1, pr.).

Cum precibus tuis expresseris placitum inter te et alium permutationis intercessisse eumque fundum a te datum vendidisse,.. successores ejus, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis.. praescriptis verbis actione, ut vel fides placiti servetur tibi vel, quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur (C. *h. t.*, L. 4).

Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem (D. *h. t.*, L. 1, § 3).

IV. Du partage conventionnel; § 400.

Le partage conventionnel de choses communes entre plusieurs peut se faire de trois manières :

1° Par la division effective des choses. Dans ce cas, le partage conventionnel est un échange(1); chacun des copartageants donne en échange sa quote-part indivise dans les portions matérielles attribuées aux autres et reçoit en échange les quotes-parts indi-

(9) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 3. — (10) Cf. ci-dessus T. II, § 387, I, D, 1°.
(11) D. *h. t.*, L. 1, pr., v^is venditori sufficit........ nihil debet.
(12) C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio).
(13) I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 41. Cf. ci-dessus T. I, § 175, 2°.
(14) Cf. ci-dessus T. II, § 392 i. f.
(1) Arg. C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 14, et C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 1.

vises des autres dans les portions matérielles attribuées à lui-même; ces quotes-parts venant s'ajouter à la sienne propre le rendent propriétaire exclusif de ce qui lui échoit (2). Il suit de là qu'il faut appliquer à un pareil partage les règles de l'échange. Il est seulement parfait par la tradition de l'une des quotes-parts qu'il s'agit d'échanger (3) et la tradition d'une quote-part la transfère à l'*accipiens* grevée des droits réels que le *tradens* avait concédés sur elle pendant l'indivision (4), car nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Si l'un des copartageants subit une éviction, il a un recours contre les autres pour les quotes-parts qu'ils lui ont transférées, mais non pour sa quote-part propre; celle-ci n'a fait l'objet d'aucune aliénation (5). Mais, à la différence de l'échange ordinaire et pour le motif indiqué ailleurs (6), le partage est rescindable du chef d'une lésion considérable (7), sauf que la demande en rescision étant exclusivement basée sur la lésion, le défendeur a la faculté de maintenir le partage en payant au demandeur un supplément de part, en argent ou en nature (8).

2° On peut encore faire le partage conventionnel en formant des lots pour les communistes, c'est-à-dire en attribuant à chacun des choses entières. Ce mode de partage a absolument le même caractère que le précédent et est soumis aux mêmes règles.

3° On peut enfin partager les biens communs en les vendant aux enchères (*licitatio*, de *licitari*, enchérir) ou sans enchères, à l'un des communistes ou à un tiers, et en partageant le prix de vente entre les communistes (9). Alors le partage conventionnel n'est autre chose qu'une vente (10), en vue de partager le prix, et toutes les règles de la vente sont applicables. Faite à l'un des communistes, la vente a pour objet les quotes-parts des autres

(2) Cf. C. *eod.*, L. 15 initio. — (3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 45.

(4) D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 7, § 4. — (5) C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 14.

(6) T. II, § 392, 3°.

(7) *Consultatio vet. jurisc.* II, 3; C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 3.

(8) Arg. C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 2.

(9) Arg. C. 3, 37, *comm. divid.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f.).

(10) Cf. C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 1.

dans la chose vendue; l'acheteur réunissant ces quotes-parts à la sienne devient propriétaire exclusif de la chose vendue et son recours en garantie du chef d'éviction se limite naturellement aux quotes-parts achetées. Faite à un tiers, la vente porte sur l'ensemble des quotes-parts ou sur la chose entière et la garantie du chef d'éviction est due pour le tout par les communistes; chacun la doit pour sa part et portion.

Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit (C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 1).

Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata (D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 7, § 4).

V. Du contrat emphytéotique; § 401.

Le contrat emphytéotique est celui par lequel une personne s'engage à établir au profit d'une autre un droit d'emphytéose, moyennant la promesse réciproque d'une rente annuelle. Ce fut l'empereur Zénon qui, tranchant une controverse des jurisconsultes romains (1), en fit un contrat propre, distinct de la vente et du louage (2). Il se sépare de l'un et de l'autre sous le rapport des risques et périls; sa théorie a été exposée à l'occasion du droit d'emphytéose (3). C'est un contrat consensuel et bilatéral parfait; les modernes ont donné le nom commun d'*actio emphyteuticaria* à l'action de chaque partie.

(1) Gaius, III, 145. — (2) I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 3. — (3) T. I, § 213-217.

VI. Du contrat de gage.

D. 13, 7, *de pigneraticia actione vel contra.* — C. 4, 24, *de actione pigneraticia.*

DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* I § 16-19, Leipzig, 1860.

§ 402. *Notion et conditions.*

Le contrat de gage (*pignus* ou *pignoris conventio*) est celui par lequel on remet une chose à quelqu'un en sûreté de sa créance, à charge de la restituer après l'extinction de la dette (1). Ce contrat est tout à fait indépendant du droit réel de gage. Le droit de gage suppose qu'il existe une obligation principale et que le donneur du gage soit propriétaire (2). Par contre, le contrat de gage est valable et crée les obligations ordinaires entre parties malgré l'absence d'une dette et quoique la chose donnée en gage n'appartienne pas au constituant (3). Celui qui, sans être créancier, a reçu une chose en gage, est même tenu de restituer immédiatement la chose (4), et le créancier qui a reçu en gage la chose d'autrui, peut agir aussitôt contre le constituant à l'effet d'obtenir un nouveau gage (5); toutes ces obligations se poursuivent par les actions naissant du contrat de gage (6). Au surplus, le constituant peut être le débiteur ou un tiers (7). Les seules conditions de la validité du contrat sont les suivantes :

1° Le donneur du gage doit être capable d'aliéner (8), car le but du contrat est d'établir le droit réel de gage, c'est-à-dire de faire une aliénation partielle, et le créancier gagiste peut même aliéner complètement la chose. Celui qui reçoit la chose en gage doit, à raison des obligations que le contrat lui impose, être capable de promettre.

(1) Cf. I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 4 initio.
(2) Cf. ci-dessus T. I, § 259, 1°, et 264, 1° et 3°. — (3) D. *h. t.*, L. 9, § 4.
(4) D. *h. t.*, L. 11, § 2 initio.
(5) D. *h. t.*, L. 9, pr., et arg. D. 46, 1, *de fidej.*, L. 54 initio.
(6) Textes des notes 3 à 5. — (7) D. 20, 1, *de pignor.*, L. 5, § 2.
(8) Arg. D. 20, 3, *quae res pign.*, L. 1, pr.

2° La chose donnée en gage doit être susceptible de vente et de tradition ou de quasi-tradition ; les choses qui n'admettent pas de vente, échappent à l'hypothèque et partant aussi au gage[9] ; quant à celles qui n'admettent ni tradition ni quasi-tradition, elles ne sauraient faire l'objet d'un contrat parfait seulement par la tradition ou par la quasi-tradition.

3° Il faut le consentement des parties ; celles-ci doivent avoir la volonté respective de donner et de recevoir une chose en gage. Comme le contrat est réel, il faut aussi la tradition ou la quasi-tradition de la chose[10].

Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero, pigneraticia actione tenebor et nulla solutione facta (D. *h. t.*, L. 11, § 2).

Si rem alienam mihi debitor pignori dedit.., dicendum est locum habere contrarium judicium (D. *h. t.*, L. 9, pr.)

§ 403. *Effets du contrat de gage.*

Le contrat de gage oblige nécessairement celui qui reçoit le gage et accidentellement celui qui le donne ; c'est un contrat bilatéral imparfait. Le donneur du gage a l'*actio pigneraticia directa* et celui qui l'a reçu, l'*actio pigneraticia contraria*.

I. *Obligations de celui qui a reçu le gage.* 1° Celui qui a reçu une chose en gage, doit veiller à sa garde et à sa conservation[1]. Sauf le cas d'une convention d'antichrèse[2], il ne peut faire aucun usage de la chose engagée[3] ; s'il manque sciemment à cette obligation, il commet un vol[3], qui le met de plein droit en demeure[4] et l'oblige à supporter la perte accidentelle de la chose dans les mêmes cas que tout autre débiteur en demeure[5].

2° Celui qui a reçu une chose en gage, doit la restituer après

(9) Cf. ci-dessus T. I, § 263. — (10) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 4 initio.
(1) § 4 cit., v[is] Sed quia......... — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 270, 1°.
(3) D. 47, 2, *de furt.*, L. 55 (54), pr. — (4) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, § 1 i. f.
(5) Cf. ci-dessus T. II, § 303, 1°.

l'extinction de la dette(6) ; s'il l'a vendue, il doit rendre l'excédent du prix de vente(7).

II. *Obligations de celui qui a donné le gage.* 1° Le donneur du gage étant tenu en vertu du contrat de fournir un gage sérieux, est soumis à un recours immédiat à raison d'un vice de son droit(8) ou de la chose engagée(9).

2° Il doit rembourser à la partie adverse les impenses nécessaires(10) ou conformes à la volonté présumée du concédant(11).

Si pignore creditor utatur, furti tenetur (D. 47, 2, *de furt.*, L. 55 (54), pr.).

Si servos pigneratos artificiis(12) instruxit creditor,.. medie ..haec a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus(13) debitor neque onerosus(14) creditor audiatur (D. *h. t.*, L. 25).

VII. De la donation.

I. 2, 7, D. 39, 5, et C. 8, 53 (54), *de donationibus.*

VON MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht*, T. I et T. II, 1re partie, Marbourg, 1835-1837.
HEIMBACH (E.), *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 641-722, Leipzig, 1855.

A) *Historique.*

§ 404. *Ancien droit civil.*

Jusqu'en l'année 204 avant J. C., les donations demeurèrent soumises au droit commun, notamment au point de vue des conditions de leur validité. S'il s'agissait de transférer la propriété par la donation elle-même, on recourait pour les *res mancipi* à la mancipation ou à la cession judiciaire, pour les *res nec mancipi* à

(6) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 4 initio. Cf. ci-dessus § 402 initio.
(7) D. *h. t.*, L. 42. — (8) D. *h. t.*, L. 9, pr. Cf. ci-dessus § 402 initio.
(9) Arg. D. *h. t.*, L. 16, § 1 i. f. — (10) D. *h. t.*, L. 8, pr. — (11) D. *h. t.*, L. 25.
(12) *I. e. artibus.* — (13) Trop difficile.
(14) Ayant fait des impenses trop onéreuses.

la cession judiciaire ou à la tradition (1). Si le donateur voulait seulement promettre une chose, on employait la forme de la stipulation (1).

§ 405. *Système de la loi Cincia.*

DE SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* IV, p. 1-59, Berlin, 1820.

HASSE, *Rheinisches Museum*, T. 1, p. 185-248, et T. III, p. 174-182, Bonn, 1827-1829.

I. En l'année 204 avant J. C., la loi *Cincia* apporta deux modifications importantes à cette théorie.

1° Désormais les donations n'étaient parfaites que si, indépendamment des conditions de droit commun, elles avaient reçu une exécution pleine et entière, de sorte que le donateur ne disposait plus d'aucune voie de droit pour revenir sur la libéralité. Le but de cette disposition était de prévenir des donations faites à la légère; la volonté de gratifier devait s'être manifestée d'une manière évidente par le dépouillement absolu du donateur. D'après cela, si la donation avait pour objet des choses corporelles, sa perfection exigeait en tout cas la tradition et de plus, lorsqu'il s'agissait de *res mancipi*, la mancipation ou la cession judiciaire (1); une promesse de donner ne suffisait jamais (2). Même si ces conditions concouraient, le donateur d'une chose mobilière pouvait encore, par l'interdit *Utrubi*, se faire restituer la chose livrée, tant que, dans l'année antérieure à l'émission de l'interdit, sa possession était plus longue que celle du donataire (3).

2° La loi *Cincia* prohibait les donations supérieures à un certain taux (4), quoique toutes les conditions prémentionnées fussent réunies. Ce maximum des donations nous est inconnu.

La loi *Cincia* était apparemment une loi imparfaite ou dépourvue de sanction (5). L'édit prétorien et la doctrine des jurisconsultes assurèrent l'efficacité de ses prescriptions en accordant au dona-

§ 404—(1) Arg. *Vatic. fragm.* 263.

§ 405—(1) *Vatic. fragm.* 313 initio. — (2) *Vatic. fragm.* 267.

(3) *Vatic. fragm.* 311 i. f. — (4) ULPIEN, praef. 1 i. f.

(5) Arg. ULPIEN, praef. 1 i. f.

teur divers moyens destinés à paralyser les donations contraires à ladite loi. Le donateur qui n'avait pas encore exécuté la libéralité, obtint une *exceptio legis Cinciae* pour se soustraire à cette exécution (6). S'il avait déjà livré la chose, indépendamment de l'interdit *Utrubi*, il disposait de la revendication pour se faire restituer la *res mancipi* qui n'avait été ni mancipée ni cédée en justice, et dans le cas d'une donation supérieure au taux légal, il pouvait répéter l'excédent par une *condictio sine causa* (7).

II. Ce système ne s'appliquait pas aux donations entre parents des cinq premiers degrés ou entre cousins issus de germains (8) et le silence du donateur jusqu'à son décès confirmait la donation contraire à la loi *Cincia* (9).

§ 406. *Droit impérial.*

1° Au système de la loi *Cincia* Constantin 1er en substitua un autre plus sévère encore. Dans le but de prévenir des donations inconsidérées, il exigea pour la perfection des donations trois conditions spéciales : un écrit (1), la tradition de la chose devant témoins (2) et l'insinuation de la donation dans les registres judiciaires (3).

2° De ces trois solennités le droit de Justinien n'a maintenu que l'insinuation et seulement pour les donations dépassant 500 solides (4) ; la donation est même devenue un pacte légitime (5).

B) *Notion et conditions des donations;* § 407.

I. La donation (*donatio*, de *dono datum* (1)) est la convention par laquelle une personne, dans l'intention de faire une libéralité à une autre, aliène ou promet d'aliéner quelque chose en sa faveur, de manière à l'enrichir (2). Elle exige les conditions suivantes :

(6) Arg. *Vatic. fragm.* 310. — (7) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 6.
(8) *Vatic. fragm.* 298 initio et 299. — (9) *Vatic. fragm.* 312 initio.
§ 406—(1) *Vatic. fragm.* 249, 5° initio et 6° initio.
(2) *Vatic. fragm.* 249, 6° i. f. et 7° initio. — (3) *Vatic. fragm.* 249, 7° i. f.
(4) I. *h. t.*, § 2, v[is] Et cum retro........ firmitatem. — (5) § 2 initio, cit.
§ 407— (1) D. 39, 6, *de mort. causa donat.*, L. 35, § 1. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 29, pr.

1° D'après l'objet même de la donation, le donateur doit être capable d'aliéner (3). Le donataire doit simplement avoir la capacité de stipuler, à moins que la donation ne soit modale, auquel cas il a besoin d'être capable de promettre (4). La loi prohibe en outre les donations entre certaines personnes, par exemple entre époux; les donations faites au conjoint ne produisent leurs effets que s'il n'y a ni survie du donateur, ni révocation, ni divorce (5). Les donations ainsi prohibées sont nulles alors même qu'elles sont faites à des personnes interposées, c'est-à-dire chargées de procurer la libéralité à l'incapable (6); au point de vue des donations entre époux, il existe une présomption légale d'interposition de certaines personnes (7).

2° Objectivement la donation suppose une aliénation (8) ou une promesse d'aliéner (9); la notion de l'aliénation a été précisée dans la partie générale du Cours (10). Il s'ensuit que le mandat, le commodat, le précaire et le dépôt ne constituent pas des donations (11); si dans ces cas l'une des parties fait une libéralité à l'autre, elle n'aliène néanmoins aucun droit de son patrimoine. De même le prêt gratuit d'argent ne contient pas une donation des intérêts (12); ces intérêts n'ayant pas été dans le patrimoine du prêteur, il y a renonciation à un droit non encore acquis.

3° Une autre condition objective de la donation est l'enrichissement du donataire (13). Il n'y a pas donation si un créancier hypothécaire renonce à son hypothèque dans un esprit de bienfaisance (14); cette renonciation n'enrichit point le débiteur.

4° La donation exige le consentement des parties (15); la simple

(3) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 165. — (4) Cf. ci-dessus T. II, § 369, 1° et 2°.
(5) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 1. Cf. ci-après § 556, 1°.
(6) Paul, II, 23, § 3. — (7) Cf. ci-après § 556, 2°.
(8) Arg. D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 45, pr. initio, et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 165.
(9) C. *h. t.*, L. 35, § 5a à 5e (§ 5). — (10) T. I, § 71.
(11) *Vatic. fragm.* 269 initio; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 52, pr.
(12) Arg. D. *h. t.*, L. 23, pr.
(13) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 8 et 16.
(14) D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 18 initio.
(15) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 55.

offre de donner est une pollicitation non obligatoire (16). L'offre du donateur présente ceci de particulier qu'elle doit être faite dans un esprit de libéralité, *animo donandi* (17); la donation est par excellence une convention à titre gratuit. On ne peut pas même considérer comme une donation le payement d'une dette naturelle (18); le payant veut se libérer de sa dette et non gratifier son créancier. Mais en général la donation, à titre de pacte légitime, est parfaite par le seul consentement des parties (19). Les donations qui excèdent la valeur de 500 solides (environ 7500 fr.), font exception à la règle; elles exigent l'insinuation ou la transcription dans les registres judiciaires; les parties doivent se rendre devant le magistrat et lui faire la déclaration de la libéralité; le magistrat acte la déclaration; c'est ce qu'on appelle l'insinuation (20). Le but de la formalité est d'empêcher que des libéralités importantes ne soient faites à la légère; l'insinuation fournit aussi une preuve certaine de la donation (21). Le défaut d'insinuation entraîne la nullité de la donation, en tant qu'elle dépasse 500 solides (22).

II. La donation est une convention si le donateur a fait un offre au donataire. Mais, à défaut de cette offre, la donation ne constitue pas une convention, elle est parfaite indépendamment de l'acceptation du donataire; celui-ci n'a pas besoin d'accepter, puisqu'on ne lui offre rien. C'est ainsi qu'il y a donation sans consentement si l'on paye *animo donandi* la dette d'autrui (23); par contre la renonciation que l'on fait à une hérédité en faveur d'un cohéritier ne constitue pas une donation, car le renonçant n'aliène aucun droit acquis (24). Ces donations unilatérales sont soumises aux mêmes prohibitions que les donations conventionnelles, par exemple quant à la capacité de donner et de recevoir (25);

(16) Cic., *Top.* 8, v^is neque donationem sine acceptione intelligi posse.
(17) D. *h. t.*, L. 1, pr. initio. — (18) D. *h. t.*, L. 19, § 4, L. 29, pr.
(19) I. *h. t.*, § 2 initio. — (20) § 2 cit., v^is Et cum retro........ firmitatem.
(21) C. *h. t.*, L. 27, pr. (L. 27 initio). — (22) C. *h. t.*, L. 36, § 3.
(23) C. 2, 18 (19), *de neg. gest.*, L. 12.
(24) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 13.
(25) C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 9.

c'est une sanction nécessaire de ces prohibitions. Mais les autres règles des donations conventionnelles ne leur sont pas applicables; surtout elles n'exigent jamais l'insinuation.

Constat, quod utendum filiae datum est, non esse donatum (*Vatic. fragm.* 269).

Definiri solet eam demum donationem impediri solere[26], quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 8).

Sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat.. : porro hic non videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit (L. 5, § 8, cit.).

Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur (D. *h. t.*, L. 29, pr.).

Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit[27], non erit donatio, sed debiti solutio (D. *h. t.*, L. 19, § 4).

C) *Division des donations;* § 408.

On distingue des donations entre vifs (*donationes inter vivos*) et des donations à cause de mort (*mortis causa donationes*)[1]. Les effets des premières sont indépendantes du décès du donateur[2]. Ceux des secondes sont subordonnés à ce décès[3]; il en sera question dans la théorie du droit héréditaire[4].

D) *Effets des donations;* § 409.

1° La donation constitue une aliénation ou du moins oblige le donateur à aliéner la chose qui en fait l'objet[1]. Selon qu'elle forme un pacte légitime ou une stipulation, le donataire dispose contre le donateur d'une *condictio ex lege* ou de l'*actio ex stipulatu*[2].

(26) *Inter virum et uxorem.* — (27) *Solvere promiserit.*

§ 408—(1) C. 3, 28, *de inoff. testam.*, L. 35, § 2 initio.

(2) Cf. ci-après § 750-752. — (3) Cf. I. *h. t.*, § 2 initio.

(4) Cf. D. 39, 6, *de mort. causa donat.*, L. 2 i. f.

§ 409—(1) Cf. C. *h. t.*, L. 1-2. — (2) Nov. 162, c. 1, § 1 i. f.

2° La donation est une convention à titre gratuit. C'est pourquoi elle ne donne pas lieu à la garantie du chef d'éviction (3) ou des vices (4) de la chose, et comme le donateur n'a aucun intérêt à la convention, il répond seulement du dol et de la faute lourde (5).

3° La donation étant un pacte légitime ou une stipulation est de droit strict (6).

E) *De la révocation des donations;* § 410.

C. 8, 55 (56), *de revocandis donationibus.*

Contrairement au principe général de l'irrévocabilité des conventions (1), la donation est révocable :

1° Pour cause d'ingratitude du donataire, si celui-ci attente à la vie du donateur, s'il l'injurie gravement, si par son dol il lui fait subir une perte considérable ou bien s'il n'exécute pas les charges ajoutées à la donation (2). Ce droit de révocation a un caractère personnel vis-à-vis du donateur et du donataire, car il a pour objet une réparation morale plutôt que pécuniaire (3), et partant l'action révocatoire ne peut être exercée ni par les héritiers du donateur, ni contre les héritiers du donataire (4). La révocation de la donation pour cause d'ingratitude oblige seulement le donataire à restituer le profit qu'il a retiré de la libéralité (5); celle-ci ne doit pas lui nuire. La révocation est d'ailleurs sans effet vis-à-vis des tiers à qui le donataire a transféré la chose ou concédé des *jura in re aliena** (6); la donation n'étant accompagnée d'aucune condition résolutoire, le donataire était devenu propriétaire irrévocable de la chose reçue et pouvait en disposer d'une manière absolue.

2° Pour survenance d'enfants au donateur après la donation, du moins s'il s'agit d'une donation faite par un patron à son affranchi (7). On suppose que le donateur n'eût pas donné s'il avait connu le sentiment de la paternité.

§ 409 – (3) Cf. ci-dessus T. II, § 387, I, A°. — (4) § 389, I, 1°.
(5) D. *h. t.*, L. 18, § 3 i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 295. — (6) D. *h. t.*, L. 22 i. f.
§ 410 – (1) Cf. ci-dessus T. II, § 383. — (2) C. *h. t.*, L. 10, pr. et § 1 (L. 10).
(3) C. *h. t.*, L. 7, § 3 initio (L. 7). — (4) L. 7, § 3 i. f., cit.
(5) Arg. C. *h. t.*, L. 7, § 2 (L. 7). — (6) L. 7, § 2, cit. — (7) C. *h. t.*, L. 8.

F) *De quelques espèces particulières de donations.*

§ 411. *De la donation de tous les biens.*

La donation de tous les biens (*donatio omnium bonorum*) comprend l'ensemble des biens présents du donateur. Elle ne s'étend pas aux biens futurs (1), pas même en vertu d'une convention expresse. En effet, étendue aux biens futurs, la donation de tous les biens deviendrait une institution d'héritier contractuelle et une pareille institution est nulle (2). Puisque la donation de tous les biens ne comprend pas les biens futurs, elle ne constitue point une succession universelle et les dettes du donateur ne passent pas de plein droit au donataire; le donateur reste tenu vis-à-vis de ses créanciers (3). Mais le donataire est obligé envers le donateur à supporter toutes les dettes présentes (4), car on n'entend par biens d'une personne que l'excédent de son actif sur son passif; *bona non intelleguntur, nisi aere alieno deducto** (5). En conséquence, le donateur peut retenir sur son patrimoine des biens d'une valeur suffisante pour le payement de ses dettes (6). S'il n'a pas fait cette déduction, il peut répéter dans les mêmes limites contre le donataire par une *condictio sine causa* (7) et ses créanciers ont le droit de le contraindre à leur céder cette action. Dans tous les cas, si le donateur connaissant ses dettes a agi en fraude de ses créanciers, ceux-ci disposent de l'action Paulienne contre le donataire, dans le but de faire rescinder la donation jusqu'à concurrence des dettes (8).

---

(1) Arg. D. 34, 2, *de auro arg. leg.*, L. 7.

(2) C. 5, 14, *de pact. conv. tam super dote quam super donat. ante nupt*, L. 5. Cf. ci-après § 646, 2°. Voyez en ce sens de Savigny, *System* IV, § 159, p. 142-143, Schilling, III, § 354, 6° i. f., et Heimbach, cité, p. 670. Contra Meyerfeld, cité, II, § 21, 3°, p. 13-17, Puchta, *Pand.*, § 71, note g, et *Vorles.* I, § 71 i. f., Molitor, cité, II, n° 904, et Windscheid, II, § 368, et note 9.

(3) Arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 72, pr. — (4) D. 33, 2, *de usufructu*, L. 43.

(5) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39, § 1.

(6) D. *h. t.*, L. 12, v^is Sed enim........ detrahendum.

(7) Arg. D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, pr. initio.

(8) D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 17, § 1. Cf. ci-après § 526.

Mulier bona sua omnia in dotem dedit : quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur. Paulus respondit eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri ejus non posse, sed non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno (D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 72, pr.). 'Bona' intelleguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt (D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39, § 1).

Lucius Titius cum haberet creditores, libertis suis isdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. Respondit : quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intellegendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse (D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 17, § 1).

§ 412. *De la donation rémunératoire.*

HARBURGER, *Die remuneratorische Schenkung*, Noerdlingen, 1875.

1° La donation rémunératoire est celle par laquelle le donateur veut récompenser un service que lui a rendu le donataire (1). Il est de son essence que le service fût de telle nature qu'il ne donnait lieu à aucune rémunération légale ; si la personne qui a reçu le service, était tenue à une indemnité en vertu de la loi, ne fût-ce que naturellement (2), il existe une convention à titre onéreux (3). La donation rémunératoire suppose donc un service qu'on devait seulement rémunérer en vertu d'un devoir moral (4).

2° La donation rémunératoire étant une donation véritable est régie par la théorie ordinaire des donations. Toutefois elle est soustraite à la révocation pour ingratitude du donataire ; en effet, elle constitue l'accomplissement d'un devoir moral et dès lors le donataire ne doit aucune reconnaissance au donateur, une ingratitude de sa part ne se conçoit point (5).

(1) Cf. D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 25, § 11 i. f.

(2) Cf. ci-dessus T. II, § 407, I, 4°. — (3) D. *h. t.*, L. 19, § 1, L. 27.

(4) Voyez MEYERFELD, cité, I, § 19, p. 368-382, et HARBURGER, cité, § 4.

(5) D. *h. t.*, L. 34, § 1. Cf. PAUL, V, 11, § 6. Voyez en ce sens VANGEROW, I,

§ 413. *De la donation modale.*

C. 8, 54 (55), *de donationibus quae sub modo.... conficiuntur.*

1° La donation modale (*donatio sub modo*) est celle qui impose une charge au donataire. Le donateur stipule valablement la charge au profit d'un tiers, parce que cette stipulation forme l'accessoire d'une convention qu'il conclut pour lui-même [1].

2° La donation modale constitue une donation pour la différence entre la valeur de la chose donnée et celle de la charge [2]; dans cette limite, elle est soumise aux règles des donations [3]. Mais le donataire est obligé d'exécuter le mode; il peut y être contraint par l'action *praescriptis verbis* [4], car la prestation que fait le donateur en vue de l'exécution du mode constitue un contrat réel innomé. L'inexécution du mode permet aussi de révoquer la libéralité pour cause d'ingratitude [5] et de répéter la chose donnée par une *condictio causa data causa non secuta* résultant du contrat innomé [6]. Si le mode est stipulé en faveur d'un tiers, le donataire peut être poursuivi à la fois par le donateur à l'une des deux fins prémentionnées [7] et par le tiers en exécution du mode [8]; le tiers dispose contre lui d'une action utile *praescriptis verbis* [9].

Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est [10] (D. *h. t.*, L. 18, pr.).

§ 125, *Anm.*, et Harburger, cité, § 5, n° IV, et § 7. Contra Molitor, cité, II, n° 929, p. 349-350, et Windscheid, II, § 368, et note 11.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 393, I, B, 2°. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 18, pr.

(3) C. 8, 55 (56), *de revoc. donat.*, L. 10, pr. (L. 10 initio).

(4) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 9.

(5) C. 8, 55 (56), *de revoc. donat.*, L. 10, pr. (L. 10 initio).

(6) C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 6.

(7) C. *h. t.*, L. 3, pr. et arg. § 1 (L. 3). Cf. ci-dessus T. II, § 393, I, B, 2°.

(8) C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f.).

(9) Arg. du même texte; cf. ci-dessus T. II, § 393, note 17.

(10) La donation modale, en tant qu'elle forme une libéralité, n'oblige pas le donataire.

VIII. Du contrat de rente; § 414.

1° Le contrat de rente est celui par lequel une personne (le débi-rentier) s'oblige vis-à-vis d'une autre (le crédi-rentier) à des prestations périodiques d'une quantité de choses fongibles (arrérages). La rente peut être due à perpétuité (rente perpétuelle) ou seulement pendant un certain temps tel que la vie de l'une des parties (rente viagère)(1).

2° Le contrat de rente n'est pas un contrat propre, mais, d'après les circonstances, une vente, une donation, etc., soumise à la théorie ordinaire de ces conventions (1). A moins qu'il ne l'ait spécialement stipulé, le débi-rentier ne peut s'affranchir de la rente en remboursant le capital, la rente fût-elle perpétuelle (2), et le créancier n'a pas le droit de réclamer la restitution du capital; la convention fait la loi des parties. Chaque terme est exigible dès qu'il est commencé (3) et par conséquent, s'il s'agit d'une rente viagère constituée sur la tête du crédi-rentier, le terme commencé à son décès est dû pour le tout(4).

IX. Du louage.

I. 3, 24, *de locatione et conductione*. — D. 19, 2, *locati conducti*. C. 4, 65, *de locato et conducto*.

HERMANN, *Der Miethvertrag hauptsächlich in Beziehung auf Wohnungen*, Dresde et Leipzig, 1840.

Weiske's Rechtslexikon VII, p. 735-837, Leizig, 1847.

§ 415. *Notions générales.*

Le louage (*locatio et conductio*) est le contrat par lequel une personne s'oblige à fournir à une autre l'usage d'une chose ou ses services, moyennant la promesse réciproque d'un certain prix. Il comprend deux espèces principales :

1° Le louage de choses (*locatio conductio rerum*), qui prend le

(1) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 34, § 4ª et 4ᵇ (§ 4). — (2) Nov. 160.
(3) Arg. D. 36, 2, *quando dies leg. v. fideic. ced.*, L. 10, L. 12, pr. et § 1.
(4) Arg. D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 5.

nom spécial de bail à ferme ou de bail à loyer, selon qu'il a pour objet des biens ruraux ou d'autres choses. La partie qui donne en location, s'appelle bailleur (*locator*), et celle qui reçoit en location preneur (*conductor*); le preneur d'un bien rural s'appelle de préférence fermier (*colonus*) et celui d'autres choses locataire (*inquilinus*, quand il s'agit d'une maison).

2° Le louage de services, qui peut avoir pour objet, soit des services ou du travail en général (*locatio conductio operarum*), soit un ouvrage déterminé à produire par le travail (*locatio conductio operis*), par exemple quelqu'un s'engage à construire une maison (1), à creuser un fossé (2), à faire un tableau (3) ou un transport (4) ; c'est l'entreprise. Dans le louage de services en général, l'ouvrier s'appelait *locator* et le maître *conductor* (5). Mais, dans l'entreprise, c'était le maître qui recevait le nom de *locator*, et l'entrepreneur celui de *conductor* (6) ; en effet, si l'on considère l'entreprise dans son ensemble, le maître place l'ouvrage (*locat opus*) et l'entrepreneur s'en charge (*conducit opus*).

A) *Du louage de choses.*

§ 416. *Conditions.*

1° Les deux parties doivent être capables de promettre (1).

2° La chose louée doit être dans le commerce et non consomptible (2). On ne loue pas des choses consomptibles (2) ; en effet, celles-ci ne présentent guère d'utilité qu'au point de vue de la consommation ; or, pour pouvoir les consommer, il faut en être propriétaire et un transfert de propriété est incompatible avec la nature du louage de choses. Quand on veut procurer à quelqu'un l'usage de choses consomptibles, on lui en transfère la propriété par la voie du prêt de consommation (3). Toutefois, il est un usage auquel ces choses peuvent servir en dehors de la consommation ; c'est la

§ 415—(1) D. *h. t.*, L. 22, § 2. — (2) D. *h. t.*, L. 62.
(3) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, § 2 initio. — (4) D. *h. t.*, L. 11, § 3.
(5) Arg. D. *h. t.*, L. 19, § 9. — (6) D. *h. t.*, L. 11, § 3.

§ 416—(1) Cf. ci-dessus T. II, § 369. — (2) Arg. D. 13, 6, *commod.*, L. 3, § 6 initio.
(3) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr.



montre ou l'exhibition; aussi les loue-t-on valablement à cette fin (*ad pompam vel ostentationem*) (4); à vrai dire elles deviennent alors des choses non consomptibles (5).

3° Le louage de choses suppose un prix sérieux (6), certain (7) et consistant en argent monnayé (8) ou en fruits (9). Le bailleur d'un bien rural peut stipuler comme prix une quantité déterminée de fruits, par exemple 100 mesures de froment (9) ou bien une quote-part (1/2, 1/3, 1/4, etc.) de la récolte (10). Dans le dernier cas, le bail prend le nom spécial de colonage partiaire et le fermier celui de colon partiaire (*colonus partiarius*) (10). Bien que le fermage à payer par ce dernier varie avec la récolte, le colonage partiaire est un véritable louage, transmissible aux héritiers des parties, et non une société prenant fin au décès d'un contractant. En effet, les parties ont voulu contracter sur la jouissance du bien rural et nullement réaliser des bénéfices par des apports respectifs (11).

4° Il faut le consentement des parties; mais, comme le contrat est consensuel, ce seul consentement suffit (12).

Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit (13) (D. *h. t.*, L. 46).

§ 417. *Effets du louage de choses.*

Le louage de choses oblige nécessairement les deux parties l'une envers l'autre (1); c'est un contrat bilatéral parfait. Le bailleur a l'*actio locati* et le preneur l'*actio conducti*.

I. ***Obligations du bailleur***. 1° Le bailleur doit livrer au preneur la chose louée (2).

2° Il doit le faire jouir pendant toute la durée du bail (3).

(4) Arg. D. 13, 6, *commod.*, L. 3, § 6 i. f., L. 4. — (5) Cf. ci-dessus T. I, § 66, 1°.
(6) D. *h. t.*, L. 46. — (7) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 1.
(8) Théophile, *Paraphrase des* I. *h. t.*, pr. — (9) C. *h. t.*, L. 21.
(10) D. *h. t.*, L. 25, § 6 i. f. — (11) Voyez cependant D. 17, 2, *pro socio*, L. 52, § 2.
(12) D. *h. t.*, L. 1. — (13) Équivaut à une donation.
(1) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 3 cbn. avec le pr. — (2) D. *h. t.*, L. 15, § 1 initio.
(3) L. 15, § 1, cit.

Par application de ce principe, il est soumis à la garantie du chef d'éviction [4] ou des vices [5] de la chose et répond de tous les troubles qui lui sont imputables, par exemple il a loué d'autres parties de la même maison à des tiers qui en usent de manière à troubler le preneur dans la paisible jouissance de son appartement [6]. Le bailleur supporte aussi les grosses réparations et les réparations d'entretien [7]; le preneur doit seulement faire les réparations de menu entretien, c'est-à-dire les réparations minimes qui sont rendues nécessaires par l'usage journalier de la chose [8] (réparations dites locatives). Enfin, le bailleur reste tenu de l'impôt foncier [9] et des autres charges publiques qui frappent la chose louée [10].

3° Le bailleur doit rembourser les impenses que le preneur a faites à la chose louée, si elles étaient nécessaires ou conformes à la volonté présumée du bailleur [11].

II. *Obligations du preneur.* 1° Le preneur est tenu de payer le prix convenu [12]. Dans le cas où le prix a été fixé par terme (année, trimestre, mois, semaine), le payement doit se faire à la fin de chaque terme, sinon seulement à l'expiration du bail [13]. C'est l'application du principe général en vertu duquel, dans les contrats bilatéraux qui ont pour objet la jouissance d'une chose, la prestation de cette jouissance doit, sauf convention contraire, précéder le payement du prix [14]; en fixant un prix par terme, les parties veulent que le payement se fasse aussi par terme, mais le prix de chaque terme ne peut être réclamé qu'après la prestation de la jouissance pour ce terme.

(4) D. *h. t.*, L. 9, pr. initio.

(5) D. *h. t.*, L. 19, § 1 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 387-391.

(6) Cf. D. *h. t.*, L. 24, § 4, L. 33 i. f. Le bailleur lui-même pourra agir contre les locataires, auteurs du trouble, s'ils ont usé contrairement à leur propre contrat ou à la destination naturelle de la chose.

(7) D. *h. t.*, L. 15, § 1, L. 19, § 2 initio, L. 25, § 2 i. f.

(8) Cf. Paul, II, 18, § 2. — (9) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 32, § 6.

(10) Arg. D. 50, 4, *de muner.*, L. 3, § 13-14.

(11) D. *h. t.*, L. 55, § 1, L. 61, pr.; D. 43, 10, *de via publ.*, L. un., § 3.

(12) C. *h. t.*, L. 17 initio. — (13) Arg. D. *h. t.*, L. 24, § 2.

(14) Cf. ci-dessus T. II, § 385, 2°.

2° Le preneur doit se servir de la chose de la manière convenue et, dans le silence de la convention, conformément à sa destination naturelle (15); comme il a été dit ci-dessus, les réparations de menu entretien sont à sa charge.

3° A l'expiration du bail, il doit restituer la chose louée (16). Il ne peut la retenir sous le prétexte qu'il en est devenu propriétaire depuis la conclusion du bail (16); cette rétention est contraire aux principes généraux (17). Il en serait autrement s'il avait déjà la propriété de la chose au moment du bail, car alors celui-ci serait frappé de nullité (18).

En sûreté de ces obligations du preneur, le bailleur d'un immeuble frugifère a une hypothèque légale sur les fruits perçus par le fermier et le bailleur d'un immeuble non frugifère une hypothèque légale sur les meubles que le locataire y introduit, sur les *invecta et illata* (19).

Le louage ne confère au preneur aucun droit réel sur la chose louée et partant si, dans le cours du bail, le bailleur aliène la chose en faveur d'un tiers, le louage est sans effet vis-à-vis de l'acquéreur; celui-ci peut expulser le preneur (20), sauf le recours de ce dernier contre le bailleur ou ses héritiers (21). De là la maxime 'vente passe louage'. C'est que l'acquéreur a un droit réel qu'il peut opposer à une personne quelconque; le preneur est réduit à un droit de créance contre le bailleur et ses héritiers. Si l'acquéreur laisse le preneur en jouissance, il est, comme tel, sans qualité pour se prévaloir du bail à l'égard du preneur (22); celui-ci n'est obligé qu'envers le bailleur et ses héritiers. Mais l'acquéreur peut agir contre le preneur en payement du prix, si le bailleur lui a cédé son *actio locati*, ce qu'il a intérêt à faire pour prévenir l'expulsion du preneur et le recours de celui-ci. Le bail n'a de l'effet à l'égard de l'acquéreur que s'il s'est engagé par l'acte

(15) I. *h. t.*, § 5 initio. — (16) C. *h. t.*, L. 25. — (17) Cf. ci-dessus T. I, § 32.
(18) C. *h. t.*, L. 20. — (19) Cf. ci-dessus T. I, § 267, I, 1°.
(20) C. *h. t.*, L. 9 initio; D. *h. t.*, L. 32 initio.
(21) L. 32 cit., v^{is} Quod si colonus.........
(22) Arg. D. 7, 1, *de usu fructu*, L. 59, § 1 initio.

d'acquisition à le respecter; le preneur peut alors invoquer cette clause, parce qu'elle est l'accessoire d'un contrat que le bailleur a conclu pour lui-même[23], et le bailleur est obligé de céder à l'acquéreur son *actio locati*[24].

Si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur (D. *h. t.*, L. 33).

In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest (D. *h. t.*, L. 55, § 1).

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare (I. *h. t.*, § 5).

Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare (C. *h. t.*, L. 25).

Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei judicio ei quod placuit parere cogitur (C. *h. t.*, L. 9).

§ 418. *De la sous-location.*

En principe, le preneur peut sous-louer la chose reçue en location[1], car son droit de jouissance n'a rien de personnel. Mais, comme *res inter alias acta,* cette sous-location est sans effet vis-à-vis du bailleur principal; elle ne peut lui nuire, ni lui profiter; il conserve tous ses droits contre le preneur principal[2] et n'en acquiert pas contre le sous-preneur[3]. La sous-location

(23) C. *h. t.*, L. 9; Arg. D. 7, 1, *de usufructu*, L. 59, § 1 i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 393, I, B, 2°. — (24) Arg. D. *h. t.*, L. 58, pr.

(1) C. *h. t.*, L. 6. — (2) Arg. D. *h. t.*, L. 58, pr.

(3) Cf. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11, § 5.

constitue un bail indépendant de l'ancien; elle produit de l'effet entre le preneur principal et le sous-preneur[4].

Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit (C. *h. t.*, L. 6).

§ 419. *Comment finit le louage de choses.*

1° Le louage de choses prend fin par l'expiration du terme convenu[1]. A défaut de terme, chaque partie peut renoncer au bail par sa seule volonté[2], sauf que la renonciation fait seulement cesser le bail après l'expiration des délais résultant de l'usage des lieux; s'il s'agit d'un bail à ferme, il n'est permis d'y renoncer que pour la fin de l'année[3], car l'exploitation des biens ruraux se fait par année.

2° Le louage de choses établissant entre parties des rapports continus, chacun des contractants peut demander la rescision du contrat, si l'autre manque d'une manière grave à ses obligations; ce droit appartient surtout au bailleur si le preneur est en demeure de payer le prix pour deux années[4].

Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, pœnam decem praestet Titius locator Seio conductori... Quaero, cum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit,.. si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem (D. *h. t.*, L. 54, § 1).

§ 418—(4) Arg. D. *h. t.*, L. 58, pr.

§ 419—(1) C. *h. t.*, L. 11. — (2) Arg. D. *h. t.*, L. 13, § 11 i. f.

(3) L. 13, § 11, cit., v^is Quod autem......... observandum est.

(4) D. *h. t.*, L. 54, § 1, L. 56. Voyez encore C. *h. t.*, L. 3, et D. *h. t.*, L. 60, pr., et ci-dessus T. II, § 386, 2°.



§ 420. *De la relocation.*

Le bail qui a pris fin par l'expiration du terme convenu, peut être renouvelé (relocation ou reconduction)[1], et il l'est tacitement lorsque le preneur continue d'user de la chose sans opposition de la part du bailleur[1]. Le preneur, en continuant de se servir de la chose, et le bailleur par son silence consentent d'une manière tacite à un nouveau bail[2]; en cas de dissentiment, le bailleur devait protester contre l'usage prolongé de la chose et dès lors, toutes les fois que cette protestation était possible, il y a lieu d'appliquer l'adage : *qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur**. Selon la volonté présumée des parties, la relocation tacite est soumise aux diverses clauses du bail originaire, notamment pour le prix[3]. Mais, comme elle repose simplement sur le fait de l'usage prolongé de la chose, sa durée est réduite à un minimum; la relocation tacite de biens ruraux vaut seulement pour un an, sauf la faculté de la renouveler[4], et, en ce qui concerne les autres choses, elle est censée faite sans terme, de sorte que chaque contractant peut y renoncer quand il veut[5]. La relocation est évidemment sans effet à l'égard des tiers, tels que la caution originaire[6].

Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videtur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat : hujus enim novus consensus erit necessarius (D. *h. t.*, L. 13, § 11).

B) *Du louage de services.*

La théorie du louage de choses s'applique généralement au louage de services, *mutatis mutandis*. Il suffira de relever cer-

(1) C. *h. t.*, L. 16 i. f. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 13, § 11.
(3) Voyez encore L. 13, § 11 initio, cit.
(4) L. 13, § 11, cit., v[is] Quod autem....... observandum est.
(5) L. 13, § 11 i. f., cit.
(6) Arg. C. *h. t.*, L. 7. Voyez encore D. *h. t.*, L. 13, § 11 initoi·

taines règles qui constituent des applications spéciales ou des modifications de cette théorie.

§ 421. *Conditions du louage de services.*

1° On peut seulement louer des services mercantiles (*operae illiberales**) ou faisant l'objet d'un trafic, donc des services domestiques, industriels ou commerciaux, ainsi que des œuvres à produire par un travail quelconque, par exemple la confection d'un tableau (1), car ces œuvres sont destinées au trafic. On ne loue point des services libéraux (*studia liberalia*) (2), peu importe qu'ils soient scientifiques, littéraires ou artistiques (3) ; la prestation de pareils services est réputée un fait d'obligeance (3), qui, par sa nature, est soustrait à l'exécution forcée. L'ancien droit romain refusait à ceux qui avaient presté ces services toute action en payement d'un salaire (4) ; celui-ci était considéré comme incompatible avec la nature des services libéraux ; on admettait seulement une rémunération volontaire du travail libéral, un *honorarium* (salaire honorifique) (5). Les professeurs, les avocats et les médecins ne disposaient donc d'aucune action pour obtenir le payement d'honoraires (6). Mais, à l'époque classique, on leur accorda à cette fin une *cognitio extraordinaria* (7).

2° Une condition spéciale de la *locatio operis* est que la matière première soit fournie par le maître, sinon pour le tout, du moins d'une façon principale. Si c'est l'entrepreneur qui la fournit en

(1) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, § 2 initio.

(2) D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1, pr.

(3) D. 11, 6, *si mensor fals. mod. dix.*, L. 1, pr. i. f.

(4) L. 1, pr. i. f., cit. ; D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1, § 5.

(5) D. 11, 6, *si mens. fals. mod. dix.*, L. 1, pr. i. f.

(6) Tacite, *Ann.* XI, 5 i. f. Voyez encore D. 11, 6, *si mensor fals. mod. dix.*, L. 1, pr. i. f. Aux avocats il était même défendu de *recevoir* des honoraires (Tacite, l. c.) ; cf. ci-dessus T. I, § 126, I, 2°.

(7) D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1, pr. § 1-3, 6, 8 et 10. Voyez encore C. 10, 52, *de profess.*, L. 6, § 1 (L. 6 i. f.), et *Pragmatica sanctio* de Justinien '*Pro petitione Vigilii*', c. 22, abrogeant D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1, § 4-5.

tout ou en majeure partie, le contrat constitue une vente (8), car il tend à une aliénation; la prestation du travail est secondaire (9). En général, la vente dont il s'agit porte sur des choses fongibles et par conséquent l'ouvrier n'est pas libéré par le cas fortuit. Mais si un entrepreneur s'engage à bâtir sur mon terrain avec ses matériaux, il y a *locatio operis*, car les matériaux qu'il livre n'ont qu'un caractère accessoire par rapport à mon terrain (10).

3° La *locatio operis* suppose encore que l'entrepreneur soit tenu de restituer en nature les choses fournies par le maître en vue de l'exécution de l'ouvrage. S'il doit seulement rendre une quantité égale de choses de même espèce et qualité, il y a prêt de consommation, car il y a transfert de propriété et obligation pour l'*accipiens* de restituer une quantité égale; ce sont les caractères distinctifs du *mutuum* (11). Il va de soi que l'emprunteur supporte le cas fortuit (12).

4° En confiant à quelqu'un la garde et l'entretien d'un troupeau, on peut lui accorder comme salaire une part divise ou indivise des fruits (croît, laine, etc.) du troupeau (13). Dans ce cas, le pasteur n'est admis à réclamer le partage des petits qu'en tant que ceux-ci dépassent le nombre des têtes mortes, et il n'obtient rien à défaut d'un pareil excédent; car les petits doivent servir avant tout à tenir le troupeau au complet (14). Quant au déficit, il est supporté exclusivement par le maître, à moins qu'une faute ne soit imputable au pasteur.

Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit (15), ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conduc-

(8) I. *h. t.*, § 4. — (9) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 65 i. f.
(10) D. *h. t.*, L. 22, § 2; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 20 i. f.
(11) D. *h. t.*, L. 31, v[is] Respondit rerum locatarum....... in creditum iri.
(12) L. 31 cit. — (13) C. 2, 3, *de pact.*, L. 9.
(14) Arg. I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 38 initio. — (15) Sous-entendez '*aliquis*'.

tionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi (I. *h. t.*, § 4).

Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est : locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem (D. *h. t.*, L. 22, § 2), quoniam tunc a me substantia proficiscitur (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 20).

§ 422. *Effets du louage de services.*

1° L'ouvrier ou l'entrepreneur doit fournir ses services conformément à la convention (1) et répondre de toute faute (2), donc aussi des vices de l'ouvrage s'il s'agit d'une *locatio operis* (3). Comme il a été expliqué ailleurs (4), lorsqu'un accident le met dans l'impossibilité de prester les services, il est libéré, mais il n'a pas droit au prix. C'est à lui de prouver l'accident qu'il allègue comme cause de libération (5). Toutefois lorsque, dans le cas d'une *locatio operis*, l'ouvrage périt après sa réception, le maître est tenu d'établir la faute de l'entrepreneur (6); car, en recevant l'ouvrage, il l'a approuvé et partant le cas fortuit doit se présumer jusqu'à preuve contraire.

2° Le maître doit fournir à l'ouvrier ou à l'entrepreneur les moyens de prester les services (7) et notamment fournir à l'entrepreneur la matière première (7) et répondre des vices de celle-ci (8). Il doit aussi recevoir l'ouvrage (9) et payer le prix convenu (10). Mais l'ouvrier ou l'entrepreneur ne peut en général réclamer le prix qu'après la prestation des services (11); comme dans tous les contrats bilatéraux qui ont pour objet des services, ceux-ci doivent précéder le payement du prix (12).

---

(1) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2, § 7 i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 9, § 5, L. 13, pr.
(3) D. *h. t.*, L. 62. — (4) T. II, § 299, II, B. — (5) Cf. ci-dessus T. II, § 297.
(6) Arg. D. *h. t.*, L. 36 initio. — (7) Arg. D. *h. t.*, L. 13, § 5 initio.
(8) D. *h. t.*, L. 13, § 5, L. 62. — (9) Arg. D. *h. t.*, L. 37.
(10) C. *h. t.*, L. 17 initio. — (11) Festus, v° *Redemptores*.
(12) Cf. ci-dessus T. II, § 385, 2°.

Si gemma includenda aut insculpenda data sit[13] eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit (D. *h. t.*, L. 13, § 5).

§ 423. *De la sous-location des services.*

Il faut distinguer ici entre le louage de services en général et le louage qui a pour objet un ouvrage déterminé. Dans le premier cas, l'ouvrier n'a pas en principe le droit de se substituer un tiers pour la prestation des services, car la considération de sa personne est la cause déterminante du contrat[1]. Dans le second cas, ce motif ne peut être invoqué et la substitution est généralement permise[2]. Mais la sous-entreprise étant une *res inter alias acta* est sans effet à l'égard du maître, qui conserve tous ses droits contre l'entrepreneur principal[3] et n'en acquiert pas contre le sous-entrepreneur. La sous-entreprise est un contrat indépendant de l'ancien et n'a d'effet qu'entre l'entrepreneur principal et le sous-entrepreneur[4].

Si cui locaverim faciendum quod ego conduxeram, constabit habere me ex locato actionem (D. *h. t.*, L. 48, pr.).

§ 424. *Comment finit le louage de services.*

1° Le louage de services cesse par la prestation du travail convenu, par l'expiration d'un terme résolutoire[1] et, si le contrat a été fait pour un travail et un temps indéterminés, par la volonté d'une seule partie, moyennant l'observation des délais d'usage pour les congés.

2° Chacun des contractants peut agir en rescision du contrat, si la partie adverse manque gravement à ses obligations[2].

(13) Si l'on fait enchâsser ou inciser une pierre précieuse.

§ 423—(1) Arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 12, v^is Et Celsus....... reddere potest. — (2) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 31 initio. — (3) D. *h. t.*, L. 13, § 1.

(4) D. *h. t.*, L. 48, pr.

§ 424—(1) C. *h. t.*, L. 22, sauf la possibilité d'une relocation.

(2) D. *h. t.*, L. 60, § 4.

3° Le louage de services en général étant fait en considération de la personne de l'ouvrier, prend fin au décès de celui-ci [3]; l'entreprise, qui n'a guère ce caractère de personnalité, se transmet ordinairement aux héritiers de l'entrepreneur [4].

Mandavi tibi, ut excuteres [5], quanti villam aedificare velles : renuntiavi mihi ducentorum impensam excutere : certa mercede [6] opus tibi locavi, postea comperi non posse minoris trecentorum eam villam constare : data autem tibi erant centum, ex quibus cum partem impendisses, vetui te opus facere. Dixi, si opus facere perseveraveris, ex locato tecum agere, ut pecuniae mihi reliquum restituas (D. *h. t.*, L. 60, § 4).

C) *Du louage accompagné d'une estimation;* § 425.

1° Dans le bail à ferme, le bailleur remet parfois sur estimation au fermier les objets nécessaires à l'exploitation du bien rural, l'*instrumentum fundi* (esclaves, bestiaux, ustensiles aratoires) [1]. En principe, cette estimation a pour but d'obliger le fermier à restituer à la fin du bail un *instrumentum fundi* d'une valeur égale (*aestimatio taxationis causa**) [2]. Il y a donc lieu de procéder alors à une nouvelle estimation; si celle-ci est supérieure à la première, le fermier, qui ne doit rendre qu'une valeur égale, profite de l'excédent [3]; si elle est moins élevée, il doit suppléer le déficit, alors même qu'il ne lui est pas imputable [4]. Exceptionnellement l'estimation implique la vente de l'*instrumentum fundi* pour le montant de l'estimation (*aestimatio venditionis causa**) [5]. Dans ce cas, ce sont les règles de la vente qui sont décisives et le fermier

§ 424 — (3) Arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 12, v^is Et Celsus....... reddere potest. — (4) Arg. C. 8, 37 (38), *de contr. et comm. stipul.*, L. 15, pr. et § 1 (L. 15).

(5) De faire un devis.

(6) Moyennant un salaire pour votre travail, les frais de la bâtisse demeurant à ma charge.

§ 425—(1) D. *h. t.*, L. 3, cbn. avec D. 33, 7, *de instr. v. instrum. leg.*, L. 8, pr.

(2) Arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 69, § 7 initio.

(3) Arg. D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 50. — (4) D. *h. t.*, L. 54, § 2.

(5) Cf. D. *h. t.*, L. 3.

est débiteur du prix de vente. Mais, comme les aliénations ne se présument point, il faut, dans le doute, admettre plutôt une estimation de la première espèce (6).

2° On peut encore estimer un troupeau confié à un pasteur moyennant une part des fruits du troupeau. Le but de cette estimation est d'obliger le pasteur à rendre à la fin du bail un troupeau d'une valeur égale; le pasteur profite, pour sa part, de l'excédent de valeur constaté à la fin du bail et supporte sa part dans le déficit (7).

Paulus respondit servum, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit et ideo aestimationem hujus defuncti ab herede colonae praestari oportere (D. *h. t.*, L. 54, § 2).

X. Du contrat estimatoire; § 426.

D. 19, 3, *de aestimatoria*.

Le contrat estimatoire (*aestimatum*) est le contrat par lequel nous remettons à quelqu'un une chose sur estimation, pour qu'il la vende et nous fournisse le montant de l'estimation, ou bien, si la vente ne réussit pas, pour qu'il nous restitue la chose elle-même (1). C'est en réalité un louage de services (2); mais le salaire consistant dans la portion du prix de vente qui excède l'estimation est incertain et peut faire complètement défaut; le commissionnaire a aussi le droit d'acheter lui-même la chose pour le montant de l'estimation (3). Pour ces motifs, on considéra le contrat estimatoire comme un contrat réel innomé; il est seulement parfait par la remise de la chose qu'il s'agit de vendre et produit l'action *praescriptis verbis aestimatoria* (4).

(6) Contra UNTERHOLZNER, cité, T. II, § 503, n° III initio, et MOLITOR, cité, I, n° 617.

(7) Cf. D. 17, 2, *pro socio*, L. 52, § 3.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f., et D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17, § 1 initio.

(2) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. — (3) Arg. des textes cités à la note 1.

(4) D. *h. t.*, L. 1, pr.

XI. Du mandat.

I. 3, 26, *de mandato*. — D. 17, 1, *mandati vel contra*. — C. 4, 35, *mandati*.

Heimbach (E.), *Weiske's Rechtslexikon* VII, p. 12-62, Leipzig, 1847.

§ 427. *Notion et conditions.*

Le mandat (*mandatum*) est le contrat par lequel une personne s'oblige à gérer gratuitement l'affaire d'une autre personne. Il suppose le concours des conditions suivantes :

1° Les deux parties doivent être capables de promettre, puisque le contrat est bilatéral imparfait (1).

2° Il faut une affaire à gérer par le mandataire et, conformément aux principes généraux (2), cette affaire doit présenter de l'intérêt pour le mandant (3). De là la nullité du mandat donné dans l'intérêt d'un tiers; il en a été question ailleurs (4). Pour le même motif, est nul le mandat qui n'intéresse que le mandataire; c'est un simple conseil sans caractère juridique (5); le mandant ne peut en poursuivre l'exécution (6) et le mandataire qui, en l'exécutant spontanément, subit une perte, est sans action contre le mandant (7). Toutefois le mandant est tenu de réparer le dommage s'il en a fait la promesse, notamment en se portant garant de la bonté du conseil (8), ou bien s'il a donné le conseil de mauvaise foi (9). — Comme toute autre convention (10), le mandat doit avoir pour objet une opération suffisamment déterminée (11) et possible physiquement et juridiquement; le mandat de commettre un délit est nul (12). Mais le mandat peut porter sur des actes juridiques ou sur des faits matériels (13).

3° La gratuité est de l'essence du mandat; la stipulation d'un salaire transforme le contrat en un louage de services (14) ou en

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 369. — (2) § 371. — (3) D. *h. t.*, L. 8, § 6 initio.
(4) T. II, § 318. — (5) I. *h. t.*, § 6 initio. — (6) I. *h. t.*, pr. i. f.
(7) I. *h. t.*, § 6, v^is Tua gratia........ mandati tenetur.
(8) D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 14, v^is Sed si mandasti........ non video.
(9) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 47, pr. — (10) Cf. ci-dessus T. II, § 372-373.
(11) D. *h. t.*, L. 48, § 2 i. f. — (12) I. *h. t.*, § 7. — (13) I. *h. t.*, § 13 i. f.
(14) D. *h. t.*, L. 1, § 4.

une convention relative à un contrat innomé (15), selon que le salaire consiste ou non en argent monnayé. Les Romains envisagaient l'acceptation d'un mandat comme un acte d'obligeance et un pareil acte ne comporte pas de salaire (16).

4° Le mandat exige le consentement des parties. Mais, comme il est un contrat consensuel, le simple consentement suffit (17). Si quelqu'un gère les affaires d'une autre personne, au vu et su de celle-ci et sans opposition de sa part, ce silence implique un consentement tacite à un mandat (18), car il se produit dans des conditions telles que si l'on consentait pas, l'on devait protester; la protestation étant possible, il y a lieu de suivre la règle : *qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur**. Il en résulte que le maître sera obligé même par une gestion voluptuaire; un simple quasi-contrat de gestion d'affaires n'a pas cet effet (19).

Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius, quam in emptiones praediorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres vel eam credas, quamvis non expediet tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur (I. *h. t.*, § 6).

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de injuria facienda tibi mandet (I. *h. t.*, § 7).

Mandatum nisi gratuitum nullum est : nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces : inter-

(15) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5, § 2 initio.
(16) D. *h. t.*, L. 1, § 4. — (17) D. *h. t.*, L. 1, pr., § 1-2.
(18) D. *h. t.*, L. 6, § 2 initio, L. 53 initio. — (19) Cf. ci-après § 474, I, 3°.

veniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit (D. *h. t.*, L. 1, § 4).

Si passus sim aliquem pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor (D. *h. t.*, L. 6, § 2).

§ 428. *Division du mandat.*

Le mandat est spécial ou général, selon qu'il a pour objet une ou plusieurs affaires déterminées ou bien un ensemble d'affaires, sans détermination de celles-ci [1], par exemple l'administration de tous les biens du mandant [2] ou de ses biens situés dans telle province ou d'un négoce [3]. D'après l'objet même du mandat général et dans les limites convenues, le mandataire a qualité pour faire toute sorte d'actes d'administration, et par là il faut entendre tous les actes ordinaires de gestion, alors même qu'ils constituent une aliénation [4]. Il peut vendre des fruits [5], faire [6] ou recevoir [7] des payements, prêter de l'argent [8], mais non vendre ou donner des immeubles [9]. Il n'a le droit d'aliéner des choses de toute nature que s'il y a été autorisé d'une façon spéciale [9]; cette autorisation est tacite si l'on a donné au mandataire général la *libre* administration (*mandatum generale cum libera** (*scilicet administratione*)) [10]; c'est le seul moyen d'attribuer de l'effet à la clause relative à la liberté de l'administration. Mais même alors le mandataire général peut seulement aliéner à titre onéreux et non à titre gratuit, car le droit de faire des libéralités avec les biens d'autrui ne saurait se présumer [11].

Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine

(1) Cf. D. 3, 3, *de procur.*, L. 1, § 1. — (2) L. 1, § 1 initio, cit.
(3) D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 5, § 11-12.
(4) Cf. D. 20, 3, *quae res pignori*, L. 1, § 1. — (5) D. 3, 3, *de procur.*, L. 63 i. f.
(6) Arg. I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 i. f. — (7) D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, pr.
(8) Arg. I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio. — (9) D. 3, 3, *de procur.*, L. 63.
(10) D. *eod.*, L. 58. — (11) Arg. D. 39, 5, *de donat.*, L. 7, pr.

speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt (D. 3, 3, *de procur.*, L. 63).

Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, novare, aliud pro alio permutare (D. *eod.*, L. 58).

Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat : non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat (D. 39, 5, *de donat.*, L. 7, pr.).

§ 429. *Effets du mandat entre parties.*

Le mandat oblige nécessairement le mandataire et accidentellement le mandant(1); c'est un contrat bilatéral imparfait. Le mandant a l'*actio mandati directa* et le mandataire l'*actio mandati contraria*(2).

I. *Obligations du mandataire.* 1° Le mandataire est tenu d'exécuter le mandat(3), d'après ses instructions(4) et, dans le silence de celles-ci, d'après la nature des choses. S'il n'exécute pas le mandat ou s'il s'en écarte, il est tenu de tout dommage(5) et les actes juridiques qui s'écartent du mandat, sont considérés comme non avenus à l'égard du mandant(6); ils n'ont d'effet que pour le mandataire. Toutefois, le mandataire qui a dépassé la mesure prescrite par le mandat, par exemple acheté une chose à un prix plus élevé, peut rendre sa gestion obligatoire pour le mandant en prenant à sa charge ce qui dépasse ses instructions, donc, s'il a acheté à un prix trop élevé, en payant de ses propres deniers l'excédent du prix(7); car, moyennant ce sacrifice, il rentre dans les limites du mandat.

2° Le mandataire doit rendre compte de sa gestion au mandant(8) et restituer tout ce qu'il a reçu pour lui(9).

II. *Obligations du mandant.* En général, le mandant est tenu de réparer tout le préjudice que le mandat a causé au manda-

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1. — (2) D. *h. t.*, L. 6, § 1, L. 12, § 7.
(3) I. *h. t.*, § 11 initio. — (4) I. *h. t.*, § 8 initio. — (5) Gaius, III, 161 initio.
(6) C. 2, 12 (13), *de procur.*, L. 10 initio. — (7) D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 4.
(8) D. 3, 3, *de procur.*, L. 46, § 4 initio.
(9) D. *h. t.*, L. 20, pr., L. 8, § 10 initio.

taire[10]. Par conséquent, il doit rembourser à celui-ci les dépenses faites d'après la volonté présumée du mandant[11] et le libérer des obligations contractées conformément au mandat[12], soit en payant la dette, soit, si le tiers créancier y consent, en s'obligeant envers lui à la place du mandataire.

Plusieurs mandataires[13] ou plusieurs mandants[14] sont tenus solidairement en vertu de la loi[15].

Cum autem is cui recte mandaverim egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest inplesse eum mandatum, si modo inplere potuerit; at ille mecum agere non potest (Gaius, III, 161). Si pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere : namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum esse. Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est (D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 4).

Aequius esse nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse (*scil. Africanus ait*) (D. 17, 2, *de furt.*, L. 62 (61), § 5).

§ 430. *Du droit de mandataire de se substituer un tiers.*

En principe, le mandataire peut se substituer un tiers pour l'exécution du mandat[1], car le plus souvent le mandant n'a pas en vue les qualités personnelles du mandataire[2]. Mais la substitution est une *res inter alios acta*, sans effet à l'égard du mandant; le mandataire demeure donc tenu de la bonne exécution du mandat et les fautes du substitué lui sont imputées comme s'il les avait

(10) D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (61), § 5. — (11) D. *h. t.*, L. 27, § 4 initio.
(12) D. *h. t.*, L. 46, § 5. — (13) D. *h. t.*, L. 60, § 2. — (14) D. *h. t.*, L. 59, § 3.
(15) Cf. ci-dessus T. II, § 333, II, 4°.
(1) D. *h. t.*, L. 8, § 3. — (2) Voyez cependant L. 8, § 3 i. f., cit.

commises lui-même (3). La substitution du tiers est un nouveau contrat, qui produit seulement de l'effet entre le mandataire et le substitué (4).

Si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensuram agri faceres et tu id Titio delegaveris et ille dolo malo quid in ea re fecerit, tu teneberis, quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti (D. 11, 6, *si mensor fals. modum dix.*, L. 2, § 1).

§ 431. *Des effets du mandat à l'égard des tiers. Généralités.*

Les effets du mandat à l'égard des tiers ont été déterminés dans la partie générale des obligations ; sous Justinien, le mandant a des actions utiles fictices contre les tiers devenus débiteurs du mandataire et réciproquement les tiers devenus créanciers du mandataire disposent contre le mandant de l'action exercitoire (1), de l'action institoire (2) ou de l'action quasi-institoire (3). Ces trois dernières actions sont les actions ordinaires appartenant aux tiers contre le mandataire sur le fondement de la convention conclue avec lui (*actio venditi*, *actio empti*, *actio locati*, *actio conducti*, *actio mutui*, etc.). Seulement, le mandant y est soumis en cette qualité et non comme partie contractante. C'est pourquoi l'on ajoute au nom générique de l'action une qualification spéciale (*exercitoria, institoria, quasi institoria*); de là par exemple une *actio venditi exercitoria*, une *actio empti institoria*, une *actio mutui quasi institoria;* les modernes les ont appelées *actiones adjectitiae qualitatis**. Nos sources suppriment le nom générique de l'action et la désignent exclusivement par sa qualification particulière.

§ 430—(3) D. 11, 6, *si mensor fals. mod. dix.*, L. 2, § 1.
(4) D. *h. t.*, L. 8, § 3 initio.
§ 431—(1) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2 initio et 2ᵒ (§ 2).
(2) I. *eod.*, § 2 i. f. et 2ᵒ (§ 2).
(3) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 25, v^is Si procurator....... mandavit; C. 4, 25, *de exerc. et instit. act.*, L. 5. Cf. ci-dessus T. II, § 393, II et III.

Plusieurs mandants y sont soumis solidairement en vertu de la loi (4).

§ 432. *Des diverses actions des tiers contre le mandant.*

1° L'action exercitoire suppose qu'un armateur (*exercitor*, de *exercere navem*, exploiter un navire) (1) a préposé quelqu'un au navire (*magister navis*) (2), à l'effet soit de transporter des passagers ou des marchandises de tiers, soit de vendre et d'acheter des marchandises pour compte de l'armateur (3). Les tiers passagers ou propriétaires des marchandises transportées, les tiers qui ont vendu des marchandises au préposé ou bien en ont acheté de lui, agissent par cette action contre l'armateur (4).

2° L'action institoire est la généralisation de l'action exercitoire pour tous les mandats commerciaux ; elle s'applique à tous les cas où l'on a préposé quelqu'un à la gestion d'un établissement commercial (*institor*) (5). Quiconque conclut une vente avec le préposé peut poursuivre le mandant par cette action (5).

3° L'action quasi-institoire s'applique à tous les mandats civils (6).

Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an.. adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 25).

§ 431—(4) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 25, L. 2, L. 3; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 13, § 2; arg. D. 15, 4, *quod jussu*, L. 5, § 1.

§ 432—(1) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 15. — (2) L. 1 cit., § 1.

(3) L. 1 cit., § 3. — (4) Voyez encore L. 1 cit., § 3, v^is armamentisve emendis.

(5) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2 i. f. et 2° (§ 2 i. f.).

(6) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 25, v^is Si procurator...... mandavit; C. 4, 25, *de exerc. et instit. act.*, L. 5.

§ 433. *Comment finit le mandat.*

Deux causes d'extinction sont propres au mandat.

1° Chaque partie est libre de renoncer au mandat. D'abord le mandant peut révoquer à tout instant le mandataire(1), car le contrat intervient dans l'intérêt exclusif du mandant et chacun est admis à renoncer à un droit établi en sa faveur. La révocation est possible, bien que le mandat ait déjà reçu un commencement d'exécution. Mais la révocation ne vaut que pour l'avenir(2) et même n'a d'effet à l'égard du mandataire(3) et des tiers(4) qu'après qu'elle est parvenue à leur connaissance respective. De son côté, le mandataire a la faculté de se désister du mandat(5); comme il veut rendre un pur service, il serait peu équitable de l'y obliger d'une manière absolue. Mais il doit renoncer à un moment opportun, c'est-à-dire lorsque l'affaire peut encore être gérée par le mandant ou par un tiers d'une façon aussi commode que si le mandat n'était pas intervenu(5), sinon il est coupable de faute et passible de dommages et intérêts(6). La règle cesse avec son motif si le désistement, tout en étant inopportun, repose sur une cause légitime(7).

2° Le mandat s'éteint aussi par le décès soit du mandant, soit du mandataire(8); le mandataire veut rendre un service, or celui qui s'engage à un service, n'entend le rendre qu'en personne et à la partie adverse en personne. Toutefois, le mandat se transmet aux héritiers du mandant s'il ne doit recevoir son exécution qu'après le décès de celui-ci(9). Dans tous les cas, ce décès est sans effet à l'égard du mandataire(10) et des tiers(11) tant qu'il n'est pas parvenu à leur connaissance respective, et les héritiers du man-

(1) I. *h. t.*, § 9. — (2) Arg. § 9 cit. — (3) D. *h. t.*, L. 15.
(4) D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, § 2. — (5) D. *h. t.*, L. 22, § 11 initio.
(6) I. *h. t.*, § 11 i. f. — (7) § 11 i. f., cit; D. *h. t.*, L. 23-25.
(8) I. *h. t.*, § 10 initio. — (9) D. *h. t.*, L. 12, § 17.
(10) I. *h. t.*, § 10, v[is] Sed utilitatis causa........ afferat.
(11) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, § 2.

dataire sont au moins tenus de faire les actes de gestion qui n'admettent aucun retard [12].

Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit (I. *h. t.*, § 9).

Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum (D. *h. t.*, L. 15).

Renuntiari.. ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi (D. *h. t.*, L. 22, § 11). Sane si valetudinis adversae vel capitalium inimicitiarum (D. *h. t.*, L. 23) seu ob aliam justam causam excusationes alleget, audiendus est (D. *h. t.*, L. 25).

Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel ejus qui mandaverit, vel ejus qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo, qui tibi mandaverit, tu ignorans eum decessisse exsecutus fueris mandatum, posse te agere mandati actione : alioquin justa et probabilis ignorantia damnum tibi afferat (I. *h.* t., § 10).

XII. Du dépôt.

D. 16, 3, *depositi vel contra.* — C. 4, 34, *depositi.*

§ 434. *Notion et conditions.*

Le dépôt (*depositum*) est le contrat par lequel une personne remet à une autre une chose mobilière, pour la garder gratuitement et la restituer en nature et en toute éventualité [1]. Il exige les conditions suivantes :

1° Les deux parties doivent être capables de promettre [2], par la raison que le contrat est bilatéral imparfait.

(12) Cf. I. *h. t.*, § 10 initio.
(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr.
(2) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 14-15. Cf. ci-dessus T. II, § 369.

2° La chose déposée doit être dans le commerce et mobilière[3]; le mot dépôt, d'après son sens grammatical, ne s'applique pas aux immeubles, qui au reste n'ont guère besoin d'être gardés.

3° La gratuité est de l'essence du dépôt[4]; la stipulation d'un salaire convertit le contrat en un louage de services[5] ou en une convention relative à un contrat innomé[6], avec cet effet que le gardien de la chose retirant un avantage de la convention répond alors de toute faute[7]. D'après les idées romaines, l'acceptation d'un dépôt constitue un service[8], qui par sa nature ne comporte pas de rémunération.

4° Le dépôt étant un contrat réel se parfait seulement par la remise de la chose[9] et cette remise doit se faire dans le but de confier à l'*accipiens* la garde gratuite de la chose.

§ 435. *Effets du dépôt.*

Le dépôt oblige dans tous les cas le dépositaire et éventuellement le déposant; c'est donc un contrat bilatéral imparfait. Il produit pour le déposant l'*actio depositi directa* et pour le dépositaire l'*actio depositi contraria*[1].

I. *Obligations du dépositaire.* 1° Le dépositaire doit veiller à la garde et à la conservation de la chose déposée[2]; mais, comme le contrat ne présente aucun intérêt pour lui, il répond seulement du dol et de la faute lourde[3]. Il ne peut faire aucun usage de la chose déposée[4].

2° Le dépositaire doit restituer la chose en nature[5] et en toute éventualité. D'abord il est obligé de la rendre à la première réquisition du déposant[6], alors même que le dépôt a été fait pour un certain temps[7]. En effet, ce terme est établi dans l'intérêt du

§ 434—(3) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr. initio. — (4) D. *h. t.*, L. 1, § 8.
(5) L. 1 cit., § 8 i. f. et 9 initio. — (6) L. 1 cit., § 9 i. f.
(7) L. 1 cit., § 10 initio. — (8) D. *h. t.*, L. 24 i. f.
(9) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3 initio.
§ 435—(1) D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 5, pr. initio. — (2) D. *h. t.*, L. 1, pr. initio et § 16.
(3) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3, vis Sed is........
(4) D. *h. t.*, L. 29, pr. — (5) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3 initio.
(6) D. *h. t.*, L. 1, § 22 initio. — (7) D. *h. t.*, L. 1, § 45-46.

déposant; il a pour but d'imposer au dépositaire la garde de la chose pendant le délai convenu. Le dépositaire ne peut donc pas restituer plus tôt, mais le déposant peut réclamer la restitution avant l'échéance; chacun est libre de renoncer à un droit établi en sa faveur. Il y a ici un terme stipulé à l'avantage du créancier (8). Ensuite l'obligation de restituer qui incombe au dépositaire, est absolue; elle a un caractère en quelque sorte sacré, à raison de la confiance sur laquelle repose le dépôt (9). A la différence des débiteurs ordinaires de restitution (10), le dépositaire ne peut se refuser à rendre pour cause d'impenses faites à la chose (11), ni compenser avec une créance réciproque (11) qui a le même objet, par exemple la chose déposée ayant péri par sa faute lourde, il doit des dommages et intérêts et il est créancier réciproque d'une somme d'argent. Le plus souvent la compensation est déjà exclue parce que les deux dettes ont des objets différents; le dépositaire est débiteur d'un corps certain et sa créance réciproque portera sur une autre chose.

II. *Obligations du déposant.* En général, le déposant doit indemniser le dépositaire des pertes résultant du dépôt (12), donc lui rembourser les impenses nécessaires (13) ou conformes à la volonté présumée du déposant (14) et réparer les pertes causées au dépositaire par les vices de la chose (15).

Si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate (D. *h. t.*, L. 1, § 46).

Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat (C. *h. t.*, L. 11, pr. (L. 11 initio)).

(8) Cf. ci-dessus T. II, § 290, 1°. — (9) D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.
(10) Cf. ci-dessus T. I, § 32. — (11) C. *h. t.*, L. 11, pr. (L. 11 initio).
(12) D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. — (13) D. *h. t.*, L. 23.
(14) Arg. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 25.
(15) D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (61), § 5.

§ 436. *Du dépôt nécessaire.*

Le dépôt nécessaire (*depositum miserabile**) est celui que l'on est forcé de faire par suite d'un accident (1). Il est soumis à toutes les règles du dépôt ordinaire, sauf que le déposant n'ayant pas la liberté de choisir le dépositaire (2), celui-ci encourt, en cas de dol, une condamnation au double (3).

§ 437. *Du dépôt irrégulier.*

Le dépôt irrégulier (*depositum irregulare**) est le dépôt d'une quantité de choses fongibles, avec la clause que le dépositaire devra rendre seulement une quantité égale de choses de même espèce et qualité. En principe, lorsqu'on dépose une quantité de choses fongibles, le dépôt reste régulier et le dépositaire doit rendre en nature les choses reçues (1); il ne devient irrégulier que si, d'une manière expresse (2) ou tacite (3), le déposant stipule la simple restitution d'une quantité égale de choses de même espèce et qualité. Le dépôt irrégulier suppose d'ailleurs que le *tradens* ait voulu déposer; si cette intention n'est pas établie, on doit présumer le prêt comme étant plus usuel. On suit pour le dépôt irrégulier, autant que sa nature le permet, la théorie du dépôt ordinaire (4); un pacte relatif aux intérêts donne lieu à l'*actio depositi directa*, parce que le dépôt est un contrat de bonne foi (5), et le dépositaire ne peut compenser avec une créance réciproque ayant pour objet une quantité de choses fongibles de même espèce et qualité. Mais, dans le cas d'un dépôt irrégulier, le dépositaire acquiert la propriété des choses déposées, avec tous les droits qui en dérivent et, comme débiteur de choses fongibles, il supporte les risques et périls (6).

§ 436—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 1-3. — (2) L. 1 cit., § 4.
(3) I. 4, 6, *de action.*, § 17 i. f. et 26 initio.
§ 437—(1) D. *h. t.*, L. 24 initio. — (2) L. 24 cit., v[is] nam si ut........
(3) D. 19, 2, *loc.*, L. 31, v[is] nam si quis......... solveret.
(4) D. *h. t.*, L. 24, v[is] nam si ut......... — (5) D. *h. t.*, L. 24 i. f., L. 26, § 1.
(6) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 4, pr.

§ 438. *Du séquestre.*

MUTHER, *Sequestration und Arrest im römischen Rechte*, Leipzig, 1856.

Le séquestre (*sequestrum*) est le dépôt d'une chose par rapport à laquelle plusieurs personnes ont des intérêts distincts(1). Le plus souvent il a lieu à l'occasion d'une contestation(2), mais il intervient parfois en dehors d'un différend; par exemple, en partageant une succession, les cohéritiers peuvent séquestrer des titres héréditaires entre les mains d'un tiers(3). On appelle séquestre à la fois le contrat dont il s'agit, la personne à laquelle le dépôt est confié(4), ainsi que la chose déposée. Le séquestre est un dépôt véritable(5), soumis à la théorie ordinaire du dépôt et produisant l'*actio depositi sequestraria*(6). Mais il présente cette particularité que plusieurs personnes ont des intérêts distincts quant à la chose déposée; c'est une mesure conservatoire destinée à garantir les droits des divers intéressés. De là les différences suivantes entre le séquestre et le dépôt ordinaire :

1° Le séquestre peut être ordonné en justice(7); dans ce cas il ne constitue pas un contrat.

2° Il peut avoir pour objet des immeubles(8), voire même des personnes(9).

3° On peut, par une convention spéciale, transférer au séquestre la possession de la chose(10), de manière à interrompre l'usucapion commencée par le possesseur actuel(11).

4° La chose séquestrée doit être restituée à la partie victorieuse s'il s'agit d'une chose contentieuse(12) et, dans le cas contraire, à celui des intéressés qui y a droit d'après les circonstances.

5° La restitution doit se faire lorsque la cause du séquestre est

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 6. — (2) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 110.
(3) C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 5. — (4) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 110.
(5) Arg. D. *h. t.*, L. 5, § 1 initio, L. 6. — (6) D. *h. t.*, L. 12, § 2.
(7) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 22, § 8 i. f. — (8) Arg. L. 22, § 8 i. f., cit.
(9) D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 3, § 6. — (10) D. *h. t.*, L. 17, § 1.
(11) D. 41, 2, *de adq. v. amitt. poss.*, L. 39. — (12) Arg. L. 39 i. f., cit.

venue à cesser [13], par conséquent, dans le cas d'une contestation, lorsque celle-ci est vidée [14].

XIII. Du prêt.

§ 439. *Des diverses espèces de prêts.*

Le droit romain connaît trois sortes de prêts : le prêt de consommation, le commodat ou prêt à usage et le précaire. Le premier est translatif de propriété et a pour objet des choses consomptibles, le second ne procure à l'emprunteur que le simple usage et porte sur des choses non consomptibles, le troisième est un commodat de simple tolérance.

A) *Du prêt de consommation.*

D. 12, 1, *de rebus creditis si certum petetur et de condictione.*
C. 4, 1, *de rebus creditis et de jurejurando.*

HEIMBACH (G.), *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, 1849.

§ 440. *Notion et conditions.*

Le prêt de consommation (*mutuum*) est le contrat par lequel une personne donne à une autre une quantité de choses consomptibles, à charge de rendre autant de même espèce et qualité [1]. Il se caractérise par un transfert de propriété [2] et est de droit strict [3]. Il exige les conditions suivantes :

1° Le prêteur doit être propriétaire des choses données en prêt [4]; autrement il ne saurait être question d'un transfert de propriété au profit de l'*accipiens*, et ce transfert est de l'essence du *mutuum*. Si le prêteur n'est pas propriétaire, le prêt est frappé de nullité et le prêteur n'a pas l'*actio mutui* [5], tandis que le tiers propriétaire peut revendiquer [6]. Mais le prêt devient valable

(13) Arg. D. *h. t.*, L. 6. — (14) D. 2, 8, *qui satisd. cog.*, L. 7, § 2.
(1) Cf. I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. — (2) Pr. cit.
(3) THÉOPHILE, *Paraphrase des* I. 4, 13, *de except.*, § 3 initio.
(4) D. *h. t.*, L. 2, § 4 initio. — (5) Arg. D. *h. t.*, L. 2, § 2 i. f., L. 13, § 1 initio.
(6) D. *h. t.*, L. 11, § 2 i. f.

après coup, si l'emprunteur consomme les choses reçues(7) ou les mélange avec les siennes(8); dans le premier cas, il a eu tous les avantages matériels du prêt; dans le second, le vice même du prêt se trouve effacé, puisque l'emprunteur est propriétaire exclusif des choses mélangées(9).

2° Le prêteur doit aussi être capable d'aliéner(10), car il s'agit de faire une aliénation. Si le prêteur est incapable, le prêt est nul; donc la propriété n'est pas transférée et l'incapable peut revendiquer tant que les choses livrées ne sont pas consommées(10). La consommation éteint sa propriété et sa revendication, qui sont désormais dépourvues d'objet. Mais, comme il a fait une prestation en vertu d'une cause légalement nulle, il peut, par une *condictio sine causa*, réclamer la restitution d'une quantité égale de choses de même espèce et qualité(10); si la consommation a eu lieu de mauvaise foi, il a même le droit de réclamer des dommages et intérêts par l'action *ad exhibendum*(10).

3° L'emprunteur doit être capable de promettre, puisqu'il est obligé par le prêt(11). Mais l'incapable est au moins tenu jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré de la tradition(12), car personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; il est soumis de ce chef à une action *in factum*. Une incapacité spéciale frappe les enfants sous puissance quant aux emprunts d'argent(13).

4° Le prêt de consommation, comme l'indique son nom, suppose des choses consomptibles(14); il ne s'applique pas aux choses non consomptibles; celles-ci font l'objet du commodat. C'est que les choses consomptibles ne présentent guère d'utilité qu'au point de vue de la consommation et, pour pouvoir les consommer, il faut en être propriétaire; dès lors elles sont du domaine du *mutuum*, qui est translatif de propriété. Par contre, il n'est nullement

(7) D. *h. t.*, L. 13, § 1 initio. Mais il faut qu'il ait consommé de bonne foi (Arg. D. *h. t.*, L. 11, § 2 i. f.). — (8) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 78.

(9) Arg. L. 78 cit. Cf. ci-dessus T. I, § 196.

(10) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio.

(11) D. 26, 8, *de auctor. et cons. tut. et curat.*, L. 5, pr. initio.

(12) L. 5, pr. i. f., cit. — (13) Cf. ci-après § 593, I, 2°.

(14) Cf. I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr.

nécessaire d'avoir la propriété de choses non consomptibles pour pouvoir en tirer profit; il suffit d'en obtenir le simple usage par la voie du prêt à usage.

5° Le *mutuum* étant un contrat réel, exige la tradition des choses qu'il s'agit de prêter(15), et cette tradition doit se faire dans l'intention de transférer la propriété des choses livrées (15) et à charge de rendre une quantité égale de choses de même espèce et qualité (15). Si l'on stipule la restitution de choses d'une autre espèce ou d'une autre qualité, il y a échange(16), donc un contrat de bonne foi (17). Comme le *mutuum* est de droit strict, en principe la promesse d'intérêts ne produit une obligation civile que si la forme de la stipulation a été observée (18); alors le prêteur dispose de l'*actio ex stipulatu*. Toutefois, lorsque le prêt a pour objet des choses autres que de l'argent, la simple promesse d'intérêts est productive d'une action (19).

In mutui datione oportet dominum esse dantem (D. *h. t.*, L. 2, § 4). Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris (D. *h. t.*, L. 13, § 1).

Admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent (20) : sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest (I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2).

Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius

(15) Pr. initio, cit. — (16) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 7. — (17) C. *eod.*, L. 2.
(18) Paul, II, 14, § 1; C. 4, 32, *de usur.*, L. 7. — (19) C. *eod.*, L. 11 (12).
(20) Si elles existent quelque part.

est momenti : ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur (PAUL, II, 14, § 1).

§ 441. *De la preuve du prêt de consommation.*

C'est au prêteur de prouver le prêt, en qualité de demandeur à l'*actio mutui*, et il ne peut faire cette preuve par un chirographe *de mutuo* que si celui-ci a deux années de date[1]. On a considéré que celui qui veut emprunter, donne parfois sa signature avant la réalisation du prêt, dans l'attente d'un prêt, qui peut ne pas se réaliser; mais si, pendant deux ans, il a laissé le billet entre les mains de la partie adverse sans avoir protesté, l'on doit bien admettre que le prêt est arrivé à l'existence.

1° Tant que le billet ne remonte pas à deux ans, le signataire a trois moyens d'en prévenir les effets; s'il est poursuivi en payement, il peut nier le prêt[1]; dans le cas contraire, il peut faire une protestation qui perpétue son droit de nier le prêt[2] ou bien répéter le billet par une *condictio causa data causa non secuta*[3] comme ayant été donné en vue d'un but qui ne s'est pas réalisé. Si le défendeur à l'*actio mutui* nie le prêt, il ne fait que contester le fondement de cette action et partant ne doit fournir aucune preuve[4]; c'est au demandeur d'établir le prêt autrement que par l'écrit[5]. Nos sources parlent donc d'une manière impropre d'une *exceptio non numeratae pecuniae*[6].

2° Lorsque le chirographe *de mutuo* a deux années de date, il fait foi du prêt, mais le signataire est admis à le combattre par la preuve contraire[7].

(1) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, pr. initio. — (2) L. 14 cit., § 4 (4 initio).
(3) C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa*, L. 4.
(4) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 10 i. f. — (5) C. *eod.*, L. 3.
(6) C. *eod.*, L. 14, pr. initio.
(7) Voyez en ce sens UNTERHOLZNER, cité, I, § 37, 9°, et PUCHTA, *Pand.*, § 305 i. f., et *Vorles.* II, § 305, 3°. Contra GNEIST, *Formelle Verträge*, p. 89-106, VANGEROW, I, § 167, *Anm.*, MAYNZ, II, § 248 i. f., et WINDSCHEID, II, § 372, et note 9.

§ 442. *Effets du prêt de consommation.*

Le prêt de consommation est un contrat unilatéral et de droit strict (1); il n'oblige que l'emprunteur, celui-ci est soumis à l'*actio mutui* (2), qui est une *condictio certi* (3). A la vérité le prêteur aussi est parfois obligé, mais seulement dans des cas exceptionnels et par des circonstances postérieures au contrat. Il ne disposait pas alors d'une *actio mutui contraria*; la nature stricte du contrat s'opposait à ce qu'il en résultât une action après sa conclusion. L'emprunteur devait recourir aux actions ordinaires en dommages et intérêts, et spécialement à l'*actio doli* ou à l'*actio legis Aquiliae*.

1° *Obligations de l'emprunteur*. L'emprunteur doit rendre une quantité égale de choses de même espèce et qualité (4), à l'expiration du terme fixé (5) et, à défaut de terme, à la première demande du prêteur (6). Comme il s'agit d'une dette de choses fongibles, il va de soi qu'il supporte le cas fortuit (7). L'emprunteur doit aussi payer les intérêts, s'ils ont été convenus (8), et, même indépendamment de toute convention, il a l'obligation naturelle de les payer (9).

2° *Obligations du prêteur*. Le prêteur est tenu d'indemniser l'emprunteur des pertes que lui ont causées les vices des choses prêtées, par exemple le blé prêté était gâté et a corrompu celui de l'emprunteur.

Is.. qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet (I, 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2).

(1) Théophile, *Paraphrase des* I. 4, 13, *de except.*, § 3 initio.
(2) C. 7, 35, *quib. non objic. longi temp. praescr.*, L. 5.
(3) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 6, L. 9, pr. initio.
(4) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. — (5) D. *h. t.*, L. 9, pr. i. f.
(6) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 14.
(7) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2, v^is^ Et is quidem........ permanet.
(8) C. 4, 32, *de usur.*, L. 7 initio.
(9) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, pr. initio. Cf. ci-dessus T. II, § 329, 3°.

Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, pr.).

B) *Du commodat.*

D. 13, 6, *commodati vel contra.* — C. 4, 23, *de commodato.*

SCHMIDT (G. E.), *Das Commodatum und precarium*, Leipzig, 1841.

§ 443. *Notion et conditions.*

Le commodat ou prêt à usage (*commodatum*, de *commodo dare* (1)) est le contrat par lequel une personne remet à une autre une chose non consomptible pour s'en servir gratuitement, à charge de la restituer en nature (2). A la différence du *mutuum*, le commodat a seulement pour but de procurer au commodataire l'usage de la chose (3) et forme un contrat de bonne foi (4). Ses conditions sont les suivantes :

1° Les deux parties doivent être capables de s'obliger par convention (5), car le commodat est un contrat bilatéral imparfait. Mais, comme il ne constitue pas une aliénation, il ne faut pas que le commodant soit propriétaire (6).

2° La chose prêtée doit être non consomptible; le commodat ne s'applique pas aux choses consomptibles (7); ainsi qu'il a été expliqué (8), celles-ci font l'objet du *mutuum*. Toutefois, on peut les donner en commodat *ad pompam vel ostentationem* (9), de même qu'il est possible de les louer à cette fin (10).

3° La gratuité est de l'essence du commodat (11); les Romains le considéraient comme un service rendu par le commodant au commodataire (12).

4° Comme contrat réel, le commodat exige la tradition de la

(1) Cf. ISIDORE, *Origines* V, 25, § 16.
(2) Cf. I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio. — (3) § 2 initio, cit.
(4) I. 4, 6, *de action.*, § 28 initio. — (5) D. *h. t.*, L. 1, § 2, L. 2 initio.
(6) D. *h. t.*, L. 15, L. 16. — (7) D. *h. t.*, L. 3, § 6 initio. — (8) T. II, § 440, 4°.
(9) D. *h. t.*, L. 3, § 6 i. f. — (10) Cf. ci-dessus T. II, § 416, 2° i. f.
(11) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 i. f. — (12) D. *h. t.*, L. 17, § 3.

chose qu'il s'agit de prêter (13), et la remise doit se faire dans l'intention de procurer au commodataire l'usage de la chose (13) et à charge de restituer en nature (13).

Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat (D. *h. t.*, L. 3, § 6).

Non ita res datur, ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur,.. sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus culpa is casus intervenerit (I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.* § 2).

§ 444. *Effets du commodat.*

Le commodat oblige nécessairement le commodataire et, d'après les circonstances, aussi le commodant; c'est un contrat synallagmatique imparfait. Au commodant appartient l'*actio commodati directa* (1) et au commodataire l'*actio commodati contraria* (2).

I. *Obligations du commodataire.* 1° Le commodataire doit se servir de la chose de la manière convenue (3) et, dans le silence de la convention, conformément à sa destination naturelle (4).

2° Il doit restituer la chose en nature (5), après s'en être servi pour l'usage (6) et pendant le temps (7) convenus et, à défaut de convention, à la première demande du commodant (8).

II. *Obligations du commodant.* 1° Le commodant est tenu de laisser le commodataire user de la chose selon la convention (9).

2° Le commodant doit rembourser au commodataire les impenses nécessaires (10) ou conformes à la volonté présumée du commodant (11), sauf que les débours ordinaires sont à la charge du commodataire qui a tous les avantages de la chose (12).

(13) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio.
(1) D. *h. t.*, L. 1, pr. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 17, § 1. — (3) D. *h. t.*, L. 5, § 7 initio.
(4) Arg. I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 5 initio.
(5) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio. — (6) D. *h. t.*, L. 17, § 3.
(7) D. *h. t.*, L. 5, pr. — (8) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 14.
(9) D. *h. t.*, L. 17, § 3. — (10) *Collatio* X, 2, § 5 i. f.
(11) Arg. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 25. — (12) D. *h. t.*, L. 18, § 2.

3° Le commodant est obligé d'indemniser le commodataire des pertes que lui ont causées les vices de la chose empruntée [13], mais cette responsabilité suppose un dol ou une faute lourde du commodant [13], car celui-ci ne retire aucun avantage du contrat.

Possunt justae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet : veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique ejus causa factae essent : nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad majores impensas pertinere debet : modica enim impendia verius est, ut sicut cibariorum ad eundem pertineant (D. *h. t.*, L. 18, § 2).

Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est (D. *h. t.*, L. 18, § 3).

C) *Du précaire;* § 445.

D. 43, 26, *de precario*. — C. 8, 9, *de precario et de Salviano interdicto*.

Schmidt (G. E.), *Das Commodatum und precarium*, Leipzig, 1841.

Le précaire (*precarium*, de *preces*, prière [1]) est le contrat par lequel on abandonne à quelqu'un, gratuitement et à titre de tolérance, l'usage d'une chose ou l'exercice d'un droit, à charge de restituer en nature à la première réquisition [2]. Cette institution dut vraisemblablement son origine aux concessions que les patriciens faisaient à leurs clients des terres de l'*ager publicus*, dont ils avaient la jouissance. Entre le patron et ses clients existait une sorte de lien de famille, analogue à celui de la puissance paternelle; un contrat proprement dit ne pouvait se former entre eux [3]. Longtemps le précaire ne constitua même en aucune façon

(13) L. 18 cit., § 3.

(1) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 2, § 3. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr.

(3) Arg. Festus, v° *Patres*. Voyez en ce sens de Savigny, *Besitz*, § 42 i. f.

un contrat et le concédant disposait seulement contre le précariste de l'interdit *de precario*(4). Ce ne fut qu'à l'époque classique que le précaire prit rang parmi les contrats réels innomés et commença à donner lieu à l'action *praescriptis verbis*(5). Mais il continua d'être un commodat de simple tolérance, établissant entre parties des relations de fait plutôt que de droit(6). Il se sépare du commodat ordinaire sous les rapports suivants :

1° Il peut avoir pour objet l'exercice d'un droit, surtout d'une servitude(7).

2° Sauf convention contraire(8), le précariste a la possession dans le sens juridique(9).

3° Il ne répond que de son dol et de sa faute lourde(10).

4° Le concédant peut révoquer le précaire à tout instant(11) même avant l'expiration du terme fixé(12).

Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur (D. *h. t.*, L. 1, pr.).

Est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem (D. *h. t.*, L. 2, § 2). Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat (D. *h. t.*, L. 12, pr.).

(4) D. *h. t.*, L. 14. — (5) D. *h. t.*, L. 2, § 2 i. f.
(6) D. *h. t.*, L. 14 i. f. cbn. avec L. 1, § 3. — (7) D. *h. t.*, L. 15, § 2, L. 3.
(8) D. 41, 2, *de adq. v. amitt. poss.*, L. 10, § 1. — (9) D. *h. t.*, L. 4, § 1.
(10) D. *h. t.*, L. 8, § 3. — (11) D. *h. t.*, L. 2, § 2 initio. — (12) D. *h. t.*, L. 12, pr.

XIV. De la société.

I. 3, 25, D. 17, 2, et C. 4, 37, *pro socio.*

TREITSCHKE, *Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen, nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen*, Leipzig, 1844, 2de édition.

RAUTER, *Du contrat de société en droit romain. De la société civile en droit français.* p. 1-152, Strasbourg, 1859.

A) *Notion et conditions;* § 446.

La société (*societas*) est le contrat par lequel plusieurs personnes conviennent de faire chacune un certain apport, en vue d'atteindre un but commun. Pour qu'il y ait société, il faut la réunion des conditions suivantes :

1° Les parties doivent être capables de promettre (1).

2° Chacune d'elles doit s'engager à faire un certain apport (2); si l'une a le droit de participer au résultat d'une affaire, sans rien mettre en commun, elle reçoit une libéralité (3). Mais l'apport peut avoir pour objet des choses quelconques, y compris des droits et des services (4). S'il consiste en choses corporelles, l'associé doit tantôt transférer la propriété, tantôt procurer simplement la jouissance, et selon qu'il a l'une ou l'autre obligation, on suit des règles très différentes pour les risques des apports (5) et pour leur prélèvement à la dissolution de la société (6). En principe, l'associé est tenu de transférer la propriété des choses consomptibles (7) et il doit seulement procurer la jouissance des choses non consomptibles (8). La raison en est que l'apport des choses consomptibles n'offrirait pas d'utilité sérieuse sans le droit de les consommer ; or, pour pouvoir consommer, il faut être propriétaire. Par contre, on peut pleinement se servir des choses non consomptibles sans en avoir la propriété, et dans le doute l'on doit se

(1) D. *h. t.*, L. 33 i. f. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 5, § 1 i. f. (§ 2).
(3) Cf. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32, § 24. — (4) C. *h. t.*, L. 1.
(5) Cf. ci-dessus T. II, § 299, III. — (6) Cf. ci-après § 453.
(7) Arg. D. *h. t.*, L. 58, § 1. — (8) L. 58 cit., pr.

prononcer pour le débiteur; il n'y a aliénation de ces choses qu'en vertu d'une convention spéciale (9).

3° La société suppose un but commun à tous ses membres (10); si l'un des contractants n'y participe pas, il fait une libéralité, il gratifie les autres de son apport (11); cette convention est connue sous le nom de société léonine (12). Conformément aux principes généraux (13), le but social doit être physiquement et juridiquement possible, et surtout les sociétés qui ont pour but de commettre des délits, sont nulles; *delictorum nulla est societas** (14). Le plus souvent le but social consiste dans la réalisation de bénéfices (*quaestus*) (15); il peut même comprendre tous les gains des associés (15); il sera question plus loin de cette société générale de gains (§ 458). Si le contrat garde le silence sur le partage des gains et des pertes, chaque associé a droit à une part virile des bénéfices ou supporte une part virile des pertes (16). Telle est la volonté des associés; si l'un d'eux voulait une part plus forte, il pouvait et devait la stipuler; en se taisant il y a renoncé. Dans la pensée des contractants, les apports étaient équivalents; si l'un avait cru faire un apport plus considérable que les autres, il eût stipulé une part plus forte dans les gains. D'après quelques auteurs, les bénéfices devraient se partager en proportion des apports (17). Mais les associés sont libres de convenir que les gains et les pertes se partageront d'une manière inégale entre eux (18) ou que les gains seront répartis dans une autre proportion que les pertes (19); ils peuvent même dispenser l'un d'eux de toute contribution aux pertes (20); il suffit que les gains restent communs. Si

(9) L. 58, pr. i. f., cit. — (10) D. *h. t.*, L. 29, § 2.

(11) Cf. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32, § 24.

(12) D. *h. t.*, L. 29, § 2 initio. — (13) Cf. ci-dessus T. II, § 373, II.

(14) D. *h. t.*, L. 57. — (15) D. *h. t.*, L. 7-8.

(16) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 29, pr. initio.

(17) Voyez en notre sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 524, C, 3° initio, MOLITOR, cité, II, n° 634, RAUTER, cité, p. 89-92, ORTOLAN, III, n° 1530, MAYNZ, II, § 226, 4°, et note 24, et ACCARIAS, II, n° 626 i. f. Contra MÜHLENBRUCH, II, § 419, d, et TREITSCHKE, cité, § 42 initio. — (18) I. *h. t.*, § 1 i. f. — (19) I. *h. t.*, § 2.

(20) § 2 i. f., cit.

par ces arrangements l'un des associés a voulu avantager l'autre, la société sera accompagnée d'une libéralité (21). Il va de soi qu'on entend par bénéfices le total des gains déduction faite des pertes, et par pertes le total des pertes après retranchement des gains (22). Bien que la société tende généralement à réaliser des bénéfices, elle peut aussi avoir un autre but pécuniaire et notamment la jouissance d'une chose (23) ou bien un but moral, voire même de simple agrément; on peut s'associer en vue de la chasse ou d'un voyage (24). C'est l'application du principe général d'après lequel, pour faire une stipulation valable, il suffit d'avoir un intérêt moral à la prestation convenue (25). Mais il est nécessaire que les parties aient voulu créer un rapport juridique (26) et qu'il ne s'agisse pas de relations purement personnelles entre contractants; le mariage qui donne lieu à de pareilles relations, ne constitue pas une société (27), quoiqu'il puisse être accompagnée d'une société.

4° La société exige le consentement des parties; mais le contrat étant consensuel ce seul consentement suffit (28).

Societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit (C. *h. t.*, L. 1).

Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum totum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare : et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret : iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet (D. *h. t.*, L. 29, § 2).

Nec praetermittendum esse Pomponius ait ita demum hoc esse

(21) Cf. D. *h. t.*, L. 29, pr. et § 1. — (22) D. *h. t.*, L, 30.

(23) D. *h. t.*, L. 52, pr., § 12 et 13 initio. — (24) Cf. L. 52, § 13 i. f., cit.

(25) Cf. ci-dessus T. II, § 371. Voyez en ce sens Unterholzner, cité, T. II, § 523, I, 1°, et Windscheid, II, § 405, et note 7 initio. Contra Molitor, cité, II, n° 640, et Rauter, cité, p. 5. — (26) Cf. ci-dessus T. II, § 357.

(27) Cf. D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 1. — (28) D. *h. t.*, L. 4, pr.

verum, si honestae et licitae rei societas coita sit : ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem (D. *h. t.*, L. 57).

Si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent : nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia (I. *h. t.*, § 1).

De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia praevaluit, contra sentit... Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur (I. *h. t.*, § 2).

B) *Effets de la société entre parties*; § 447.

I. La société oblige réciproquement les associés les uns envers les autres (1); c'est un contrat synallagmatique parfait. En particulier :

1° Chaque associé doit faire l'apport qu'il a promis (2) et le garantir au point de vue de l'éviction et des vices.

2° En principe, chaque associé a qualité pour gérer les affaires sociales, sauf le droit d'opposition de ses coassociés ; chacun ayant un droit égal d'administrer, il était juste de maintenir le statu quo dans le cas d'une divergence d'opinions (3). Si l'un des associés a fait un acte de gestion malgré la défense des autres, ceux-ci peuvent réclamer le rétablissement de l'état de choses antérieur (4)

(1) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 3 cbn. avec le pr. — (2) D. *h. t.*, L. 73 initio.
(3) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 28 initio. — (4) L. 28 i. f., cit.

et, s'il s'agit d'actes juridiques, ils sont réputés non avenus à leur égard (5). Mais le plus souvent l'administration des affaires sociales est confiée à l'un des associés, soit par le contrat de société, soit par un mandat subséquent. Alors cet associé a seul le droit de gérer et les actes d'administration des autres sont sans valeur à l'égard de la société. L'associé nommé gérant par le contrat social est même irrévocable, car son droit d'administrer forme une condition de la société. L'associé qui gère les affaires communes, est seulement tenu de la faute légère *in concreto* * (6). Pour le surplus, on applique généralement à l'administration des affaires sociales la théorie du mandat ou celle du quasi-contrat de gestion d'affaires, selon que l'associé gérant a reçu ou non un mandat d'administrer (7).

II. L'action qui naît du contrat de société, est l'action *pro socio* (8). Elle sert, pendant la société, à poursuivre l'exécution des diverses obligations particulières des coassociés et, après la dissolution de la société, à obtenir la liquidation générale des affaires sociales (9). Mais on n'est pas admis à y recourir pour demander le partage des biens communs (10); ce partage n'est pas le but direct de la société et dès lors ne peut être réclamé par l'action résultant du contrat social. — Indépendamment de l'action *pro socio*, les associés disposent de l'action *communi dividundo*. Celle-ci naît de la communauté de biens existant entre les associés et par suite elle tend à obtenir l'exécution des obligations fondées sur la communauté (11). Parmi ces obligations figure celle de partager les biens communs, si l'un des communistes en fait la demande; c'est donc aussi une action en partage (12); mais, malgré son nom, elle peut être exercée en dehors d'une demande en partage (13), comme toutes les actions résultant d'une communauté. Elle présente cette particularité qu'elle est double ou

(5) Arg. C. 2, 12 (13), *de procur.*, L. 10 initio.

(6) D. *h. t.*, L. 72. Cf. ci-dessus T. II, § 296, I, 2°.

(7) D. *h. t.*, L. 38, § 1, L. 52, § 11, L. 74. Cf. ci-dessus T. II, § 429-433, et ci-après § 474-475. — (8) D. *h. t.*, L. 32. — (9) Cf. D. *h. t.*, L. 38, pr.

(10) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 1. — (11) D. *h. t.*, L. 38, § 1.

(12) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 1.

(13) D. *eod.*, L. 14, § 1, v^is Quae cum ita sint........ rei communione.

mixte (*duplex vel mixta*) au point de vue de la position des plaideurs. Ceux-ci sont placés sur la même ligne et jouissent des mêmes droits (14); chacun est à la fois demandeur et défendeur (15), peut faire condamner son adversaire ou être condamné envers lui (16), tandis qu'à une action simple chaque plaideur est exclusivement demandeur ou défendeur et le demandeur peut seulement être débouté de son action et non condamné. Cette duplicité de l'action *communi dividundo* tient à la circonstance que la communauté crée entre les communistes des droits et des obligations de même nature; dès lors il convenait de placer aussi les parties sur la même ligne en justice (17).

Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait (D. *h. t.*, L. 38, § 1).

Communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem (D. 10, 3, *comm. divid.* L. 1).

C) *De la cession des droits sociaux;* § 448.

Un associé peut céder ses droits sociaux à un tiers. Cette cession ne le dégage évidemment pas de ses obligations envers ses coassociés (1); sous ce rapport, elle constitue pour eux une *res inter alios acta*. Mais elle produit des effets indirects à leur égard. Elle implique de la part du cédant une renonciation à la société; celui qui aliène ses droits sociaux, ne veut plus être associé. La société est donc dissoute et partant la cession des droits sociaux fait succéder le cessionnaire aux droits du cédant vis-à-vis de la société

(14) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 2, § 1. — (15) D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 10.
(16) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 5 cbn. avec § 4.
(17) Cf. MAYNZ, II, § 278, p. 506-507, et note 62.
(1) D. *h. t.*, L. 16, § 1, L. 17, pr.

dissoute; les actions *pro socio* et *communi dividundo* lui appartiennent utilement *quasi ex jure cesso.*

D) *De la sous-association;* § 449.

Un associé peut encore s'associer un tiers relativement à sa part sociale; Primus et Secundus étant associés à parts égales, il est loisible à Secundus de s'associer Tertius pour un quart dans la société originaire (1). Cette sous-association est également une *res inter alios acta* pour les associés du cédant; le sous-associé n'entre pas dans la société originaire; *socii mei socius meus socius non est* (2). L'ancienne société continue donc de produire tous ses effets entre ses membres; le cédant répondra même des fautes commises par son sous-associé dans l'administration des affaires sociales (3), car il a provoqué ces fautes en le faisant intervenir dans la gestion. Mais, à côté de la société primitive, la sous-association forme une société nouvelle entre le cédant et son sous-associé (4). Cette société nouvelle est l'accessoire de l'ancienne; elle se greffe en quelque sorte sur l'ancienne; de là le nom de croupier donné au sous-associé, on a dit de lui qu'il chevauche sur son partenaire. La dissolution de la société principale entraîne celle de la sous-association (5).

Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et recte : cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui (D. *h. t.*, L. 19).

E) *Effets de la société à l'égard des tiers;* § 450.

Certaines sociétés jouissent de la personnification civile et, dans ce cas, elles ont une existence à l'égard des tiers, sinon comme sociétés, du moins comme personnes civiles, ainsi qu'il sera expliqué plus loin (1). Mais en général, d'après le droit romain, les sociétés ne constituent pas des personnes civiles. Quant au contrat

§ 449—(1) D. *h. t.*, L. 19 i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 19-20. — (3) D. *h. t.*, L. 21 i. f. (4) D. *h. t.*, L. 19 i. f., L. 21 initio, L. 22 initio. — (5) L. 22 i. f., cit.
§ 450—(1) § 459.

de société, il est sans effet vis-à-vis des tiers; il ne peut ni leur nuire, ni leur profiter; pour les tiers il n'y a ni société ni associés, mais seulement des individus. Lorsqu'on parle des créances et des dettes *de la société*, on a en vue les créances et les dettes *des associés considérés individuellement;* les biens *sociaux* sont les biens *communs entre les associés*. Pour l'application du principe séparons deux hypothèses.

1° *Tous les associés ont contracté avec un tiers*. Chacun d'eux sera créancier ou débiteur pour une part virile(2), à moins qu'ils n'aient contracté en proportion de leurs parts sociales, ce qui a lieu tacitement s'ils ont déclaré traiter comme associés ou s'ils ont fait connaître au tiers leurs parts sociales(3). Une solidarité conventionnelle est également possible et les banquiers associés sont créanciers ou débiteurs solidaires en vertu de la loi(4).

2° *Un seul des associés ou quelques-uns d'entre eux seulement ont contracté avec le tiers.* Il y a lieu de distinguer entre les associés qui ont contracté et ceux qui sont demeurés étrangers au contrat. Les premiers sont encore en principe créanciers ou débiteurs pour des parts viriles; si un seul a contracté, il l'est pour le tout. Quant aux seconds, on leur applique la théorie du mandat ou celle du quasi-contrat de gestion d'affaires, selon que la convention constitue l'exécution d'un mandat ou une simple gestion des affaires sociales(5). Dans les limites indiquées, les associés sont tenus vis-à-vis des tiers non seulement sur leur quote-part des biens communs, mais sur tout le surplus de leur patrimoine.

F) *Des causes de dissolution de la société;* § 451.

Il y a deux causes de dissolution propres à la société.

1° Chaque associé a le droit de renoncer à la société par sa seule

(2) Voyez en ce sens PUCHTA, *Vorles.* II, § 370-372 i. f., et MAYNZ, II, § 227, A, et note 2. Cf. ACCARIAS, II, n° 627, p. 517, note 1. Contra TREITSCHKE, cité, § 55, MOLITOR, cité, II, n° 657, RAUTER, cité, p. 119-120, et VANGEROW, III, § 653, *Anm.*, n° I.

(3) Cf. D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 4, pr.; et D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 44, § 1 i. f.

(4) D. 2, 14, *de pact.*, L. 9, pr. initio, L. 27, pr. initio; *Rh. ad Herennium* II, 13.

(5) Cf. ci-dessus T. II, § 431-432, et ci-après § 475.

volonté[1], sauf à notifier sa renonciation à ses coassociés[2]. On a considéré que la prospérité d'une société est subordonnée au dévouement de ses membres et que si l'un d'eux désire sa dissolution, tous y ont intérêt; la société maintenue malgré la volonté de l'un de ses membres deviendrait même une source de contestations et de procès[3]. C'est pourquoi la renonciation est permise nonobstant une convention contraire[4]. L'on peut seulement interdire la renonciation pendant un certain temps[5] et cette défense est tacite si la société est conclue pour un terme déterminé[6]; dans ce cas, le droit de renoncer est subordonné à une cause légitime[7]. A défaut de convention spéciale, la renonciation est immédiatement possible, mais elle ne peut être ni frauduleuse, ni intempestive. Elle est frauduleuse, si elle est faite dans le but de frustrer la société d'une acquisition qui aurait dû devenir commune; par exemple, une société de tous les biens existe entre deux personnes; l'une d'elles est appelée à une hérédité et, pour profiter exclusivement de celle-ci, elle renonce à la société[8]. La renonciation est intempestive, si elle est faite à un moment où il n'est pas possible aux coassociés du renonçant de reprendre d'une façon également avantageuse la suite des opérations sociales[9]. La renonciation frauduleuse ou intempestive constitue un dol ou une faute dans l'exécution du contrat et cette culpabilité entraîne, ici comme ailleurs, une obligation de payer des dommages et intérêts[10]. Dans le cas d'une renonciation frauduleuse, les dommages et intérêts consistent dans la quote-part de l'acquisition dont le renonçant a voulu frustrer ses coassociés[11]. S'il s'agit d'une renonciation intempestive, les associés du renonçant continueront d'avoir droit à leur

(1) I. *h. t.*, § 4 initio. — (2) Arg. D. *h. t.*, L. 17, § 1.
(3) Arg. D. 31, *de leg.* 2°, L. 77, § 20 i. f.
(4) D. *h. t.*, L. 14, v^is Quid tamen......... pro socio actionem.
(5) Arg. L. 14 cit., v^is Sed et si.......... renuntiatio.
(6) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 6 initio.
(7) D. *h. t.*, L. 14, v^is Sed et si........, L. 15, L. 16, pr.
(8) I. *h. t.*, § 4, v^is Sed plane......... — (9) D. *h. t.*, L. 65, § 5.
(10) L. 65 cit., § 4 initio.
(11) I. *h. t.*, § 4, v^is Sed plane........ communicare.

part dans les acquisitions du renonçant[12] et les pertes qu'ils subissent eux-mêmes, devront être supportées partiellement par le renonçant[13]. Mais, pour le surplus, la renonciation produit ses effets[14].

2° La société se dissout par le décès de l'un de ses membres[15]; elle ne continue ni entre ses héritiers et ses coassociés[16], ni entre les seuls coassociés[17]. La raison en est que la considération de la personne des divers coassociés est la cause déterminante du contrat de société; chacun y contracte en vue des qualités réunies de tous les autres[18]. Les associés sont libres de déroger à ces règles en convenant qu'au décès de l'un d'eux il y aura encore société entre les survivants, ce qui suppose au moins trois associés originaires[19]; cette convention forme une nouvelle société conclue à terme, pour l'époque du décès de l'un des contractants. Mais il n'est pas au pouvoir des parties de convenir qu'il y aura société entre les héritiers du défunt et les associés survivants[20], soit que les héritiers aient été nominativement désignés, soit qu'ils ne l'aient pas été. Dans le premier cas, la convention est une institution contractuelle et celle-ci est frappée de nullité[21]. Dans le second, les héritiers non désignés sont des personnes incertaines, avec lesquelles on ne saurait conclure un contrat fondé sur la considération de la personne de la partie adverse[22]. Au reste, la dissolution de la société par suite du décès de l'un de ses membres n'a d'effet vis-à-vis des associés survivants[23] et des tiers[24] qu'après que ceux-ci ont eu respectivement connaissance du décès. Enfin les héritiers du défunt et les associés survivants sont tenus de faire les actes de gestion qui n'admettent aucun retard[25].

---

(12) Arg. D. *h. t.*, L. 17, § 1 initio. — (13) Arg. L. 17, § 1 i. f., cit.
(14) I. *h. t.*, § 4 i. f., et arg. D. *h. t.*, L. 17, § 1, v^is detrimentum autem........ pertinere.
(15) I. *h. t.*, § 5 initio. — (16) D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 6, § 6 i. f.
(17) I. *h. t.*, § 5 i. f. — (18) § 5 cit., initio. — (19) § 5 cit., i. f.
(20) D. *h. t.*, L. 59, pr. initio. — (21) D. *h. t.*, L. 52, § 9. Cf. ci-après § 646, 2°.
(22) Cf. D. *h. t.*, L. 65, § 11. — (23) L. 65 cit., § 10, v^is quod si........
(24) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, § 2. — (25) D. *h. t.*, L. 40.

Cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare: si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet : ei vero, cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur (I. *h. t.*, § 4).

Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. Sed et si consensu plurium (26) societas coita sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit (I. *h. t.*, § 5). Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati (D. *h. t.*, L. 59, pr.).

G) *De la liquidation de la société.*

§ 452. *Aperçu.*

La liquidation d'une société comprend le prélèvement des apports, le recouvrement des créances et le payement des dettes de la société, enfin le partage des biens sociaux; à ce partage se rattache l'action *communi dividundo* (§ 453-456).

§ 453. *Du prélèvement des apports.*

Trois cas peuvent se présenter.

1° *L'apport n'avait pour objet que la jouissance.* Le prélèvement est de droit d'une manière absolue. L'associé devait seulement prester la jouissance pendant la société et cette obligation a pris fin avec la société; l'associé reprend sa mise en qualité de propriétaire.

2° *L'apport avait pour objet la propriété de choses non consomptibles.* En général il n'y a pas lieu à prélèvement. Les choses non consomptibles ne deviennent communes qu'en vertu d'une convention spéciale (1); or cette convention ayant été faite d'une

(26) Par le consentement de plus de deux personnes.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 446, 2°.

manière pure et simple, il faut admettre une aliénation définitive, sauf s'il résulte du contrat ou des circonstances que l'associé a voulu seulement aliéner sa mise pour la durée de la société.

3° *L'apport consistait dans la propriété de choses consomptibles.* Ici l'associé peut généralement prélever son apport, en ce sens qu'il est créancier d'une quantité égale de choses de même espèce et qualité. En effet, les choses consomptibles font naturellement l'objet du prêt de consommation et par conséquent l'associé qui les met en commun, ne veut les prêter que pour la durée de la société. La règle cède devant la manifestation d'une volonté contraire [2].

§ 454. *Du recouvrement des créances et du payement des dettes de la société.*

Pour liquider la société, il faut encore faire rentrer ses créances, même celles qui existent vis-à-vis de ses membres [1], et payer ses dettes [2], y compris ce qu'elle doit à l'un de ses membres [3]. Le payement des dettes se fera avec le numéraire social; subsidiairement il y aura lieu de vendre les biens communs et, s'il reste encore un déficit, chaque associé devra le supporter en proportion de sa part dans les pertes. Si au contraire, après l'acquittement des dettes, il reste un excédent, chaque associé y aura droit en proportion de sa part dans les bénéfices.

Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est (D. *h. t.*, L. 27).

§ 455. *Du partage des biens sociaux.*

D. 10, 3, et C. 3, 37, *communi dividundo.*

Le partage des biens sociaux se fait par convention [1] ou par jugement [2]. La théorie du partage conventionnel a été exposée

§ 453—(2) Cf. MAYNZ, II, § 229, p. 290-294, et *Nos obligations en droit romain* III, § 160.

§ 454—(1) D. *h. t.*, L. 38, § 1, L. 74. — (2) D. *h. t.*, L. 27. — (3) D. *h. t.*, L. 38, § 1.

§ 455—(1) C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio). — (2) C. *h. t.*, L. 5.

précédemment[3] et elle s'applique en général au partage judiciaire[4]; il suffira d'ajouter quelques observations.

1° Si les biens sociaux admettent une division physique et que cette division ne nuise pas aux associés, le juge doit s'arrêter à ce mode de partage[5]. Si la division physique est impossible ou préjudiciable aux associés, le juge doit recourir à la formation de lots, c'est-à-dire attribuer à chaque associé des biens d'une valeur équivalente à sa part sociale[6]. Enfin, si une composition de lots est également impossible ou contraire à l'intérêt commun, le juge doit ordonner la vente des biens[7] et la répartition du produit entre les associés en proportion de leurs parts sociales[8]. La vente se fait aux enchères[9]; les étrangers doivent y être admis s'il est à craindre que, sans leur concurrence, les biens ne se vendent pas à leur valeur réelle[10].

2° Lorsque, en partageant les biens d'une manière effective ou par lots, le juge attribue à l'un des associés des choses d'une valeur supérieure à sa part sociale, il le condamnera à payer à celui qui a reçu trop peu une indemnité pécuniaire appelée soulte[11]. Il établira encore parfois des servitudes prédiales, et surtout des servitudes de passage pour cause d'enclave, entre des immeubles échus à deux associés[12], sauf à tenir compte de la moins-value qui peut en résulter pour le fonds servant.

3° Le partage judiciaire passé en force de chose jugée n'est pas rescindable du chef de lésion; comme toute chose jugée, il est réputé l'expression de la vérité.

Si communi dividundo.. actum fuerit.. de una re, veluti de fundo, si quidem iste fundus commode regionibus divisionem

(3) T. II, § 400. — (4) C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 1; D. *h. t.*, L. 6, § 8 initio.
(5) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 5 initio; C. *h. t.*, L. 1, § 1 initio (L. 1).
(6) C. *h. t.*, L. 3, § 1 initio (L. 3). — (7) D. *h. t.*, L. 19, § 3.
(8) Cf. C. *h. t.*, L. 1, pr. (L. 1 initio). — (9) D. *h. t.*, L. 19, § 3.
(10) C. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f. (L. 3 i. f.).
(11) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 5, v^is Quod si........ condemnandus est; C. *h. t.*, L. 3, § 1 initio (L. 3). — (12) D. *h. t.*, L. 7, § 1.

recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet (*scil. judex*) et, si unius pars praegravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est (I. 4, 17, *de off. jud.*, § 5).

Cum autem regionibus dividi aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli aestimatione justa facta unicuique sociorum adjudicantur, compensatione invicem pretii facta eoque, cui majoris res pretii obvenit, ceteris condemnato (C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3)).

Neratius scribit arbitrum, si regionibus fundum.. divisum duobus adjudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere (D. *h. t.*, L. 7, § 1).

§ 456. *De l'action communi dividundo.*

D. 10, 3, et C. 3, 37, *communi dividundo.*

Les diverses fonctions de l'action *communi dividundo* ont été indiquées ci-dessus[1]; considérée comme action en partage, elle donne lieu aux observations suivantes :

1° Elle est imprescriptible; on peut l'exercer même après trente ans de communauté[2]. En effet, elle se fonde sur la communauté; or celle-ci est un état de choses qui se renouvelle sans cesse; donc l'action en partage aussi renaît constamment, elle n'est jamais née que depuis un instant, ce qui exclut la prescription.

2° Le jugement rendu à l'action *communi dividundo* se caractérise par l'adjudication; celle-ci attribue à chaque associé la propriété des choses qui lui sont assignées[3]; c'est un mode d'acquérir la propriété[4]. Tout différent est le jugement rendu à l'action revendicatoire; ici le juge ne crée pas une propriété nouvelle, il se borne à reconnaître une propriété préexistante. L'adjudication peut aussi faire acquérir des servitudes[5].

3° L'action *communi dividundo*, alors même qu'elle tend seulement au partage des biens sociaux, est une action personnelle; elle poursuit l'obligation de partager qui naît de la communauté. Ce

(1) T. II, § 447, II. — (2) Arg. C. *h. t.*, L. 5. — (3) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 5.
(4) Ulpien, XIX, 16. — (5) D. *h. t.*, L. 7, § 1.

n'est pas une action réelle. Elle n'aurait ce caractère que si elle résultait de la lésion de la copropriété du demandeur de la part des défendeurs; or les défendeurs ne lèsent en aucune façon cette copropriété, ils ne la contestent pas même. Peu importe l'adjudication faite à l'action; la propriété ainsi créée n'existait pas avant l'exercice de l'action et partant ne saurait lui servir de fondement (6). D'après une opinion très répandue, l'action *communi dividundo* serait une action mixte, à la fois réelle et personnelle : réelle à raison du partage de la communauté, personnelle du chef des autres obligations entre communistes (7).

H) *De quelques espèces particulières de sociétés.*

§ 457. *De la société universelle de biens.*

1° La société universelle de biens (*societas omnium bonorum*) est celle qui a pour objet la mise en commun de tous les biens présents et futurs des associés (1); elle comprend aussi les successions qui échoient à ses membres (2). La société de tous les biens n'est pas une institution d'héritier réciproque faite par contrat (3), car chacun des associés ne dispose en faveur des autres que d'une quote-part de son patrimoine; il se réserve le surplus qui, augmenté de sa quote-part dans les patrimoines de ses coassociés, forme son hérédité (4). La société de tous les biens n'impliquant qu'une disposition partielle du patrimoine, ne constitue point une succession

(6) D. 10, 1, *fin. reg.*, L. 1; arg. C. 7, 40, *de ann. exc. ital. contr. toll.*, L. 1, § 1ᵈ (L. 1, § 1 i. f.). Contra I. 4, 6, *de action.*, § 20.

(7) Voyez en notre sens MOLITOR, cité, II, n° 682, MAYNZ, II, § 278 i. f., et ACCARIAS, II, n° 830, 2°. Contra DE SAVIGNY, *System* V, § 209 i. f., KELLER, *Röm. Civilprocess*, § 87 i. f., et ORTOLAN, III, nᵒˢ 1962 et 2119-2124. Cf. DEMANGEAT, II, p. 645-651.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1, L. 73 initio. — (2) L. 73 initio, cit.

(3) Cf. ci-après § 646, 2°.

(4) On ne peut pas dire non plus que la société de tous les biens forme un pacte sur la succession future des personnes dont les associés héritent plus tard; ces personnes sont indéterminées et partant il n'y a aucune spéculation sur leur décès; cf. ci-après § 715, I.

universelle et par conséquent les dettes de chacun des associés ne passent en aucune façon aux autres; chacun reste tenu de ses dettes pour le tout, sur sa part sociale qui forme son patrimoine (5). Mais le contrat de société oblige chacun des associés à supporter pour sa part les dettes des autres; car on n'entend par biens que l'actif déduction faite des dettes; *bona non intelliguntur, nisi aere alieno deducto** (6). Sont seules exclues de la société universelle de biens les choses qui proviennent du délit commis par l'un de ses membres; il n'y a pas de société de délits (7). Mais l'associé coupable qui a mis spontanément ces choses en commun, ne peut les répéter (8); il ne saurait fonder un droit sur sa propre turpitude. Réciproquement, les dettes auxquelles le délit donne naissance, sont à sa charge exclusive; elles sont payées sur sa part sociale et viennent en déduction de celle-ci (9).

2° Par dérogation à la règle d'après laquelle la propriété se transfère seulement par la tradition, les choses corporelles qui appartiennent à chaque associé au moment de la conclusion de la société sont acquises à ses coassociés en vertu du contrat, dans la proportion de leur part sociale respective (10). L'exception s'explique par une considération d'utilité pratique; si l'on avait suivi la règle générale, il aurait fallu une multitude de traditions (11).

In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur (D. *h. t.*, L. 1, § 1).

Et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum communioni adquiretur (D. *h. t.*, L. 3, § 1).

(5) Arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 72, pr. — (6) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39, § 1.

(7) D. *h. t.*, L. 53. — (8) L. 53 i. f., cit. Cf. ci-après § 480, II, 2°.

(9) Voyez encore D. *h. t.*, L. 54. — (10) D. *h. t.*, L. 1, § 1.

(11) Voyez en ce sens PUCHTA, *Instit.* II, § 241, note *c*, et *Vorles.* I, § 148 initio, et MOLITOR, cité, II, n° 650 initio. Cf. DE SAVIGNY, *Besitz*, § 27, D, MAYNZ, II, § 230, et notes 5, 7, 8 et 9, WINDSCHEID, I, § 171, note 2 initio, et ACCARIAS, II, nos 627, p. 516, note 1.

§ 458. *De la société générale de gains.*

1° La société générale de gains (*societas universorum quae ex quaestu veniunt*) est celle qui tend à mettre en commun le produit du travail des associés, les revenus de leurs biens et les acquisitions à titre onéreux faites avec l'avoir social[1]; les biens présents des associés et les acquisitions à titre gratuit faites dans le cours de la société en sont exclus[2], sauf quant à la jouissance[3]. La société doit pourvoir aux besoins des associés et supporter les dettes relatives aux acquisitions dont elle profite[4]. L'excédent constitue le gain général ou les économies réalisées par les associés.

2° Si les parties se sont constituées en société sans indiquer le but social, on présume une société générale de gains plutôt qu'une société universelle de biens[5]; la première est la moins étendue et, dans le doute, on se prononce au profit du débiteur.

Coiri societatem et simpliciter licet : et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit. Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cujus[6] descendit (D. *h. t.*, L. 7-8).

§ 459. *Des sociétés publiques.*

SALKOWSKI, *Quaestiones de jure societatis praecipue publicanorum*, Kœnigsberg, 1859.

COHN, *De natura societatum juris romani, quae vocantur publicae*, Berlin, 1870, et *Zum römischen Vereinsrecht*, *Abhandlung* VII, Berlin, 1873.

1° Nous appelons sociétés publiques (*societates publicae* *[1]) celles qui constituent des personnes civiles. A cette catégorie appartiennent les sociétés de publicains, c'est-à-dire les sociétés pour

§ 458—(1) D. *h. t.*, L. 7, L. 8, L. 52, § 8. — (2) D. *h. t.*, L. 9-11.
(3) D. *h. t.*, L. 7 i. f. — (4) D. *h. t.*, L. 12. — (5) D. *h. t.*, L. 7.
(6) Pour 'cujusque' : de chaque associé.
§ 459—(1) Arg. D. *h. t.*, L. 59, pr. initio.

l'exploitation des revenus publics (*societates vectigalium publicorum*) (2); l'État romain, jusque dans le droit de Justinien (3), donnait à ferme plusieurs impôts, indépendamment de ses biens dans le commerce; les fermiers opéraient le recouvrement de l'impôt à leur profit et s'engageaient à payer une certaine somme à l'État. Étaient aussi des personnes civiles les sociétés qui avaient pour objet l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des salines des particuliers (4).

2° Les sociétés publiques sont à la fois des sociétés et des personnes civiles. La qualité de société opère à l'intérieur, entre les associés; ceux-ci sont soumis, les uns vis-à-vis des autres, à la théorie commune de la société (5). La qualité de personne civile opère à l'extérieur, à l'égard des tiers; lorsqu'il s'agit des relations de la société avec les tiers, la personne civile apparaît d'une manière exclusive. C'est elle qui, vis-à-vis des tiers, porte les droits et les obligations qui font l'objet de la société; les associés sont censés ne pas exister. Elle a un patrimoine propre (6), composé des apports de ses membres et des biens acquis de tierces personnes. Elle a aussi des créances et des dettes propres (7); ses créanciers n'ont d'action que contre elle et ne peuvent faire vendre que ses biens; ils ne peuvent poursuivre les associés en nom propre et partant les biens personnels de ceux-ci leur échappent complètement (7). Les sociétés publiques étant des sociétés de capitaux plutôt que de personnes ne s'éteignent point par la renonciation ou le décès d'un de leurs membres; les héritiers du défunt participent aux bénéfices et aux pertes de la société pour la quote-part de leur auteur (8).

Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum

(2) D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr. initio. — (3) D. 39, 4, *de publicanis*.
(4) D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr. — (5) D. *h. t.*, L. 65, § 15.
(6) D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, § 1. — (7) D. *eod.*, L. 7, § 1.
(8) D. *h. t.*, L. 59, pr. initio, L. 63, § 8, voyez cependant L. 59, pr. i. f.

rei publicae[9] habere res communes, arcam communem (D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, § 1).

XV. De la transaction.

§ 460. *Des diverses espèces de transactions.*

On distingue trois sortes de transactions : la transaction proprement dite, le compromis et la convention relative à un serment extrajudiciaire.

A) *De la transaction proprement dite.*

D. 2, 15, et C. 2, 4, *de transactionibus.*

Risch, *Die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses*, Erlangen, 1855.
Pierron, *Des transactions en droit romain et en droit français*, Strasbourg, 1860.
Accarias, *Étude sur la transaction en droit romain et en droit français*, Paris, 1863.

§ 461. *Notion et conditions.*

La transaction (*transactio*) est la convention par laquelle plusieurs personnes règlent le sort d'un droit incertain, en faisant des concessions réciproques[1]. Elle exige les conditions suivantes:

1° Les parties doivent être capables d'aliéner, car chacune, en faisant des concessions, aliène ou promet d'aliéner quelque chose[2].

2° La transaction suppose un droit incertain[3]; il doit y avoir doute sur le point de savoir si le droit compète à l'un ou à l'autre des contractants. A défaut d'un doute sur le droit, il y a ou bien une renonciation à ce droit et partant une donation[4] ou bien une reconnaissance du droit. Il va de soi que la transaction ne peut

(9) *I. e. civitatis.*

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1. — (2) Arg. C. *h. t.*, L. 38.

(3) D. *h. t.*, L. 1 initio. Une contestation n'est pas de l'essence de la transaction; on peut transiger sur un droit conditionnel (C. 2, 3, *de pact.*, L. 1).

(4) D. *h. t.*, L. 1 i. f.

porter sur une chose hors du commerce, ni sur un droit d'intérêt général[5]; pareille transaction est juridiquement impossible.

3° Chaque contractant doit faire des concessions, soit que chacun reconnaisse en partie le droit de l'autre, soit que l'un renonce pour le tout à ses prétentions moyennant une prestation réciproque. Une renonciation totale et sans compensation est une libéralité[6].

4° La transaction exige le consentement des parties et, comme par elle-même elle est un simple pacte[7], il n'en résulte une action que si elle a été conclue dans la forme de la stipulation ou convertie en un contrat réel innomé par une exécution unilatérale[8].

Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit (C. *h. t.*, L. 38).

§ 462. *Effets de la transaction.*

Comme toute autre convention, la transaction fait la loi des parties, on ne peut la révoquer[1], par exemple après la découverte d'écrits nouveaux[2]. Mais la transaction est nulle à raison d'une erreur essentielle, si les parties ont admis comme constants des faits qui n'existaient point et dont l'inexistence exclut le différend, ou bien si elles ont admis comme inexistants des faits réels dont l'existence exclut le différend; alors la transaction manque d'objet. Tel est le cas où un testament étant nul pour vice de forme ou comme fabriqué, les intéressés qui ignoraient ces circonstances, ont transigé sur l'interprétation du testament[3]. Ou bien les parties ont transigé sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont elles n'avaient pas connaissance[4]. Au contraire, on transige valablement soit sur

(5) C. *h. t.*, L. 18; D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 4. — (6) Cf. C. *h. t.*, L. 38.
(7) C. 2, 3, *de pact.*, L. 21. — (8) C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6 i. f.)
(1) C. *h. t.*, L. 5 initio. — (2) C. *h. t.*, L. 19 initio. — (3) C. *h. t.*, L. 42 initio.
(4) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 1 initio.

l'existence[5] ou sur la validité[6] d'un testament, soit sur un jugement susceptible d'appel[7].

Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur (C. *h. t.*, L. 19).

Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis jusjurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato eas retractari praecipimus :.. nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur (C. *h. t.*, L. 42).

Si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit transactionem nullius esse momenti (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 1).

B) *Du compromis;* § 463.

D. 4, 8, *de receptis : qui arbitrium receperint ut sententiam dicant.*
C. 2, 55 (56), *de receptis.*

André, *Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte*, Iéna, 1860.
Weizsäcker, *Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis*, Tübingen, 1879.

Le compromis (*compromissum*, de *cum* et *promittere*, promettre réciproquement (une peine)) est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'accordent pour remettre la décision d'un différend à une ou plusieurs autres désignées par la convention[1]. Le mot compromis doit son origine aux stipulations pénales réciproques qui accompagnaient habituellement la convention dont il s'agit[2]. Le compromis est une sorte de transaction, il a pour but de régler un différend; l'on y suit généralement les règles de la transaction proprement dite[3]; comme celle-ci, le compromis considéré en soi n'est qu'un simple pacte[4]. Mais les parties, au lieu de faire elles-mêmes et par des concessions réciproques le

(5) C. *h. t.*, L. 42. i. f.
(6) Arg. L. 42 i. f., cit., et D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 1 i. f.
(7) L. 23, § 1 i. f., cit.
(1) Cf. D. *h. t.*, L. 21, § 6 initio, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 76 i. f.
(2) Arg. D. *h. t.*, L. 11, § 1 et 4. — (3) D. *h. t.*, L. 35, L. 32, § 6, L. 27, § 2.
(4) C. *h. t.*, L. 5, pr. initio; voyez toutefois L. 5 cit., pr. et § 1 (L. 5, pr.).

règlement de leur contestation, l'abandonnent complètement à l'arbitre qu'elles désignent à cette fin. L'efficacité du compromis se trouve ainsi subordonnée à l'acceptation de l'arbitre (5); celui-ci est libre de refuser (6); s'il accepte, son acceptation (*receptum arbitrii**) constitue un pacte prétorien et l'oblige à juger la contestation (7).

Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit (8) : et sibi imputet qui compromisit. Nam et divi Pii rescripto adjicitur : ' vel minus probabilem sententiam (9) aequo animo ferre debes ' (D. *h. t.*, L. 27, § 2).

C) *De la convention relative à un serment extrajudiciaire;* § 464.

D. 12, 2, *de jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali.*
C. 4, 1, *de rebus creditis et de jurejurando.*

La convention relative à un serment extrajudiciaire (*pactum de jurejurando extrajudiciali**) est celle par laquelle, une contestation existant entre deux personnes, l'une d'elles en remet la décision au serment de l'autre (1). C'est encore une espèce de transaction (2); elle tend à vider un différend. On s'y conforme généralement à la théorie de la transaction proprement dite; le serment prêté termine irrévocablement la contestation, sans qu'on soit admis à prouver le parjure (3). Mais la transaction présente ceci de particulier que l'une des parties s'en rapporte à la conscience de l'autre (4). La convention intervient ainsi dans l'intérêt exclusif de cette dernière et, comme chacun est libre de renoncer à un droit établi en sa faveur, la partie à laquelle le serment est déféré, peut refuser de le prêter, en conservant tous ses droits (5). La convention relative à un serment extrajudiciaire est un pacte prétorien; elle n'exige pour sa perfection que le consentement des parties (6).

---

§ 463—(5) Arg. D. *h. t.*, L. 3, § 1 initio. — (6) L. 3, § 1 initio, cit.
(7) L. 3, § 1, cit. — (8) Qu'elle soit juste ou injuste.
(9) Une sentence peu juste.
§ 464—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 17, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 2 initio. — (3) C. *h. t.*, L. 1.
(4) D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, pr. i. f. — (5) D. *h. t.*, L. 5, § 4 initio.
(6) I. 4, 6, *de action.*, § 11.

Jusjurandum speciem transactionis continet (D. *h. t.*, L. 2).

Causa jurejurando ex consensu utriusque partis.. delato et praestito.. decisa nec perjurii praetextu retractari potest (C. *h. t.*, L. 1), cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjurandum (D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, pr.).

XVI. Des conventions aléatoires.

Les principales conventions aléatoires sont la vente de choses futures et le contrat de rente viagère dont il a déjà été question (1), le jeu, le pari et le prêt à la grosse.

§ 465. *Du jeu et du pari.*

D. 11, 5, *de aleatoribus;* C. 3, 43, *de aleae lusu et aleatoribus.*

1° En général les conventions de jeu sont nulles comme immorales (1), parce qu'elles poursuivent un gain malhonnête. C'est pourquoi elles n'obligent ni civilement ni naturellement; le gagnant est sans action pour obtenir le payement de ce qu'il a gagné (2) et, si le perdant a déjà payé, il peut répéter par une *condictio sine causa* fondée sur la nullité de la convention de jeu (2); cette action dure même cinquante ans (3). Il y a convention de jeu toutes les fois que plusieurs personnes, agissant dans un but de lucre, stipulent chacune quelque chose sous une certaine condition et promettent sous la condition contraire, de sorte que l'un des contractants seulement obtient quelque chose et que l'autre perd (4). Par dérogation à la règle énoncée, la convention de jeu vaut comme simple pacte si elle se rapporte à l'un des cinq jeux d'adresse spécifiés par Justinien et que l'enjeu ne dépasse pas un solide (environ 15 fr.) (5).

2° Les paris valent d'une manière générale comme simples

(1) T. II, § 397, II, et 414.

§ 465—(1) C. *h. t.*, L. 1, § 1 initio (L. 1, A). — (2) L. 1, § 1 i. f., cit. (L. 1, A).
(3) L. 1 cit., § 2 (L. 1, A). — (4) Voyez Windscheid, II, § 419 initio.
(5) C. *h. t.*, L. 1, § 4 (L. 1, A i. f.).

pactes; mais de fait à Rome on leur appliquait la forme de la stipulation (*Spondesne? — Spondeo*)(6); c'est pourquoi on les appelait *sponsiones*(7). A la différence des jeux, ils interviennent moins dans un but de lucre que pour vider un désaccord d'opinions; ainsi s'explique leur validité(8).

§ 466. *Du prêt à la grosse.*

D. 22, 2, *de nautico faenore.* — C. 4, 33, *de nautico fenore.*
De Cock (Th.), *De foenore nautico*, Gand, 1829.

Le prêt à la grosse (aventure) est un prêt de consommation accompagné de la clause que, si les choses prêtées périssent par accident, l'emprunteur sera libéré de l'obligation de restituer le capital(1). En réalité, c'est un prêt avec une assurance; le prêteur assure les choses prêtées contre la perte fortuite, car, pour le cas où cette perte se produirait, il renonce à la restitution du capital. A titre de compensation, il stipule un supplément d'intérêts, c'est la prime d'assurance; dans le droit de Justinien, il est permis de stipuler des intérêts jusqu'à concurrence de 12 °/₀(2). Ce mode de prêter était surtout en usage lorsqu'on prêtait de l'argent destiné à être transporté par mer (*fenus nauticum*)(3).

XVII. Des conventions accessoires.

D. 18, 1, *de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis...* — C. 4, 54, *de pactis inter emptorem et venditorem compositis.*

Namur (J.), *Des pactes ajoutés aux contrats de bonne foi et spécialement des pactes ajoutés aux contrats de vente*, Liége, 1883.

§ 467. *Observations générales.*

1° Parmi les conventions accessoires quelques-unes ont été spécialement reconnues et produisent des actions propres; telles

(6) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 37. — (7) D. *h. t.*, L. 3.
(8) Voyez *Nos obligations en droit romain*, T. II, § 91, II, 5°, *e*.
(1) Cf. C. *h. t.*, L. 5 (4).
(2) C. 4, 32, *de usur.*, L. 26, § 2 (§ 1). Cf. Paul, II, 14, § 3.
(3) D. *h. t.*, L. 1 initio.

sont la convention d'hypothèque, le constitut et l'acceptation des fonctions d'arbitre, qui forment des pactes prétoriens (1). De même si, après avoir conclu un contrat consensuel ou bien un pacte légitime ou prétorien, les parties en modifient un élément essentiel par une autre convention, celle-ci forme un nouveau contrat consensuel ou bien un nouveau pacte légitime ou prétorien. Par exemple, Primus vend à Secundus un bien rural sans l'*instrumentum fundi* pour 20,000 as; plus tard Primus et Secundus conviennent que la vente comprendra le bien rural avec l'*instrumentum* et que le prix de vente sera de 25,000 as. La seconde convention constitue une vente nouvelle du fonds et de l'*instrumentum* pour le prix de 25,000 as (2). — Abstraction faite de ces cas particuliers, les conventions accessoires ne sont en général civilement obligatoires que si elles ont été revêtues de la forme de la stipulation (3); elles donnent alors lieu à l'*actio ex stipulatu*. Toutefois, le pacte accessoire est censé faire partie intégrante du contrat principal et produit la même action, s'il est ajouté à un contrat de bonne foi, au moment où celui-ci se conclut (4). Ainsi les pactes ajoutés immédiatement à la vente donnent naissance à l'*actio venditi* ou à l'*actio empti*, selon qu'ils interviennent dans l'intérêt du vendeur ou dans l'intérêt de l'acheteur (4). Au contraire, les pactes ajoutés à un contrat de bonne foi après sa conclusion, ou bien à un contrat de droit strict ne produisent aucune action; ils sont considérés comme indépendants du contrat principal et par eux-mêmes ils sont dépourvus de force civile (5).

2° Les principaux pactes accessoires sont le pacte commissoire, le pacte de réserve d'offres meilleures, le pacte de rachat et le pacte de désistement (§ 468-471). Le plus important est le pacte commissoire par lequel, à l'occasion d'un contrat bilatéral, une

(1) Cf. ci-dessus T. I, § 264, 5°, et T. II, § 353, 4°, et 463 i. f.

(2) D. *h. t.*, L. 72, pr., v[is] An idem dici possit....... — (3) C. 4, 32, *de usur.*, L. 7.

(4) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5, v[is] Quin immo.... ... facta sunt.

(5) L. 7, § 5, cit. — D. *eod.*, L. 17, pr. Toutefois, si ces pactes diminuent l'étendue de l'obligation, celle-ci est naturellement restreinte par le pacte (D. *h. t.*, L. 72, pr. initio; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 40; D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 6).

partie se réserve la faculté de considérer le contrat comme non avenu, si la partie adverse n'exécute pas ses obligations. En effet, on ne peut pas d'une manière générale demander la rescision d'un contrat bilatéral pour cause d'inexécution des obligations de la partie adverse[6]; le pacte commissoire confère cette faculté, qui n'existe pas de plein droit. Nous examinerons les pactes précités au point de vue de la vente; ce que nous en dirons vaudra autant que possible pour les autres contrats.

Si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur (D. *h. t.*, L. 72, pr.).

Quin immo interdum format (*scil. nuda pactio*) ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis : solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint : si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur... Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5).

§ 468. *Du pacte commissoire.*

D. 18, 3, *de lege commissoria.*

1° Le pacte commissoire (*lex commissoria*, de *committere*, encourir une peine[1]) est la clause par laquelle le vendeur ou l'acheteur se réserve la faculté de considérer la vente comme non avenue, si la partie adverse n'exécute pas ses obligations[2]. Dans l'exposé qui va suivre, nous supposerons que le pacte intervient au profit du vendeur et qu'il contient une condition résolutoire; celle-ci se présume, conformément à la règle[3], si les

(6) Cf. ci-dessus T. II, § 386.

(1) Dirksen, *Manuale latinitatis*, v° *Committere*, § 5.

(2) Cf. D. *h. t.*, L. 2 initio. — (3) Cf. ci-dessus T. I, § 78, II, 1° i. f.

parties n'ont pas contracté d'une manière spéciale sous condition suspensive(4). La résolution de la vente exige d'abord que l'acheteur soit en défaut de payer le prix(5), comme dans le cas d'une clause pénale(6); en réalité le pacte commissoire est une clause pénale et la condition à laquelle il est subordonné, consiste également dans l'inexécution d'une obligation principale. Il faut ensuite que le vendeur ait opté pour la résolution de la vente; il peut, s'il le préfère, demander encore l'exécution de la vente, car chacun est libre de renoncer à un droit établi en sa faveur(7); c'est une nouvelle application de la théorie de la clause pénale(8). Mais, après avoir opté pour la résolution ou pour le maintien du contrat, le vendeur ne peut plus varier(9); ayant le choix entre deux partis tout à fait opposés, s'il prend l'un, il renonce virtuellement à l'autre; donc, par cela seul que le vendeur demande encore le payement du prix à un moment où il peut résilier la vente, celle-ci sera maintenue d'une manière définitive(10).

2° Pour le surplus, la condition résolutoire contenue dans le pacte commissoire produit ses effets ordinaires, notamment quant au retour de la propriété de la chose au vendeur(11).

Cum venditor fundi in lege ita caverit: 'si ad diem pecunia 'soluta non sit, ut fundus inemptus sit', ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur (D. *h. t.*, L. 2).

Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest (D. *h. t.*, L. 7).

(4) D. *h. t.*, L. 1. — (5) D. *h. t.*, L. 4, § 4. — (6) Cf. ci-dessus T. II, § 308.
(7) D. *h. t.*, L. 2, L. 3. — (8) Cf. ci-dessus T. II, § 309, 1° initio.
(9) D. *h. t.*, L. 4, § 2 i. f., L. 6, § 2, L. 7. — (10) L. 7 cit.
(11) Voyez encore D. *h. t.*, L. 5. Cf. ci-dessus T. II, § 379, II, B.

§ 469. *Du pacte de réserve d'offres meilleures.*

D. 18, 2, *de in diem addictione.*

1° Nous appelons 'pacte de réserve d'offres meilleures' la convention connue sous le nom de *in diem addictio;* c'est la clause par laquelle le vendeur se réserve la faculté de considérer la vente comme non avenue, si un tiers lui fait des offres plus avantageuses (1). Le nom de *in diem addictio* provient de ce que la clause est presque toujours limitée par un certain délai (2). Nous nous attacherons encore ici au cas où le pacte implique une condition résolutoire, ce qui est la règle (3). La résolution de la vente suppose qu'un tiers fasse au vendeur des offres meilleures (4), que le vendeur les accepte (5) — il est libre de renoncer à un droit établi en sa faveur, — enfin qu'il use de son droit de résilier la vente dans le délai convenu (6) et, à défaut d'un pareil délai, dans les trente ans.

2° La condition résolutoire renfermée dans le pacte de réserve d'offres meilleures produit les effets ordinaires de la condition résolutoire (7). Mais de plus, au lieu et place de l'ancienne vente, il s'en forme une nouvelle entre le vendeur originaire et le tiers (8). Elle intervient même entre l'ancien vendeur et l'ancien acheteur si celui-ci fait les mêmes offres que le tiers (9). En effet, le droit du vendeur de résilier l'ancien contrat au profit du tiers a pour unique fondement les offres meilleures du tiers; or ce fondement disparaît si l'acheteur originaire présente des conditions également avantageuses; la résiliation se fait alors au profit du premier acheteur (10).

Sabinus scribit licere venditori meliorem condicionem oblatam abjicere sequique primam quasi meliorem, et ita utimur (D. *h. t.*,

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1. — (2) D. *h. t.*, L. 1, L. 15, pr.
(3) D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2, § 4. — (4) D. *h. t.*, L. 4, § 5-6, L. 5.
(5) D. *h. t.*, L. 9 initio. — (6) D. *h. t.*, L. 15, pr.
(7) D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 41, pr.; D. *h. t.*, L. 4, § 3; D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 3; D. 39, 3, *de aq. et aq. pluv. arc.*, L. 9, pr. Cf. ci-dessus T. II, § 379, II, B. — (8) D. *h. t.*, L. 7. — (9) L. 7 i. f., cit. — (10) D. *h. t.*, L. 6, § 1.



L. 9). Licet autem venditori meliore allata condicione addicere posteriori, nisi prior paratus sit plus adjicere (D. *h. t.*, L. 7).

Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata (D. 20, 6, *quib. mod. pign. solv.*, L. 3).

§ 470. *Du pacte de rachat.*

Le pacte de rachat ou de réméré (*pactum de retrovendendo**) est la clause par laquelle le vendeur se réserve la faculté de racheter la chose (1).

1° En principe, ce pacte est une vente nouvelle conclue sous la condition ‘ si le vendeur originaire veut racheter ’ et cette condition est réalisée lorsque, dans le délai convenu ou à défaut d'un pareil terme dans les trente ans, l'ancien vendeur déclare vouloir racheter; l'acheteur avait déjà lors de la première vente consenti à revendre et le vendeur consent maintenant à racheter. Le prix du rachat est le même que celui de la vente originaire (2), si la convention n'en détermine pas un autre. Mais, comme la nouvelle vente résulte d'un pacte ajouté à l'ancienne, on la répute un accessoire de celle-ci; le vendeur originaire obtient donc l'*actio venditi* (3) et l'acheteur originaire l'*actio empti*; en outre, la tradition de la chose en vue de sa restitution éventuelle forme un contrat réel innomé, qui confère au vendeur l'action *praescriptis verbis* (3). Ainsi la vente avec un pacte de rachat renferme à la fois une vente pure et simple et une vente sous condition suspensive, où les rôles des parties sont intervertis. En vertu de la tradition et du payement du prix, l'acheteur originaire acquiert la propriété irrévocable de la chose et peut concéder sur elle des droits de même nature. Si plus tard le vendeur

(1) Cf. C. *h. t.*, L. 2.

(2) Arg. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 12, et C. *h. t.*, L. 2, L. 7.

(3) Cf. *h. t.*, L. 2.

originaire rachète la chose, ces droits subsistent et l'acheteur originaire est simplement obligé de livrer la chose dans l'état où il l'a reçue, quitte et libre de nouveaux droits réels, et subsidiairement de payer des dommages et intérêts; l'ancien vendeur ne dispose contre lui que des actions personnelles prémentionnées[3]. La propriété de la chose, au lieu de lui retourner de plein droit, lui revient seulement par la tradition et d'après la théorie de ce mode d'acquérir[4].

2° Par dérogation à la règle énoncée, le pacte de rachat est parfois ajouté à la vente sous la forme d'une condition résolutoire, par exemple l'on convient que, si le vendeur le veut, la vente sera considérée comme non avenue (*ut res inempta sit*)[5]. Dans ce cas, la condition résolutoire produit ses effets ordinaires; l'acheteur devient seulement propriétaire révocable et, lors de l'accomplissement de la condition résolutoire, la propriété de la chose retourne de plein droit et rétroactivement au vendeur dans l'état où elle lui appartenait auparavant; il peut donc revendiquer entre les mains d'un tiers acquéreur[6].

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque[7] vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito dabitur (C. *h. t.*, L. 2).

§ 471. *Du pacte de désistement.*

Le pacte de désistement (*pactum displicentiae*) est la clause par laquelle le vendeur ou l'acheteur se réserve la faculté de se désister de la vente[1]. Il n'intervient guère qu'en faveur de l'acheteur[1]. Il a pour effet d'ajouter à la vente une condition résolutoire[2]; celle-ci est accomplie lorsque l'acheteur se désiste

(4) Cf. ci-dessus T. I, § 211, 2°. — (5) C. *h. t.*, L. 7.

(6) Cf. ci-dessus T. I, § 211, 1°, et T. II, § 379, II, B. Voyez en ce sens SCHILLING, III, § 334, 6° i. f. — (7) A tout moment.

(1) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 3. — (2) L. 3 cit.

dans le délai convenu et, à défaut d'un pareil délai, dans les deux mois à dater de la vente[3]; ce bref délai s'explique par le caractère exorbitant du pacte, qui permet à l'une des parties d'anéantir le contrat par sa seule volonté. Mais, comme la condition est potestative, elle est dépourvue d'effet rétroactif[4]. En ce qui concerne la propriété de la chose vendue, s'il y a eu tradition et payement du prix, l'acheteur devient propriétaire irrévocable et peut aussi disposer de la chose d'une manière irrévocable. S'il use du pacte, la propriété de la chose retourne seulement au vendeur en vertu d'une nouvelle tradition et dans l'état où elle lui est retransférée[5]. La condition dépendant de la volonté de l'acheteur, les parties ne sont vraiment d'accord sur la résolution du contrat que si la condition s'accomplit; jusque-là la vente doit produire ses effets ordinaires.

CHAPITRE II. — DES QUASI-CONTRATS.

I. 3, 27, *de obligationibus quasi ex contractu.*

§ 472. *Notion du quasi-contrat.*

Le quasi-contrat est un acte juridique analogue à une convention, mais indépendant du consentement des parties[1]. Ce qui sépare le quasi-contrat de la convention, c'est l'absence de tout consentement; un consentement quelconque, exprès ou tacite, donne lieu à une convention. Mais le quasi-contrat n'en est pas moins un acte juridique analogue à une convention déterminée; il imite celle-ci, en ce sens qu'il intervient dans des circonstances analogues, à part le défaut de consentement. Il s'ensuit que le quasi-contrat est en général soumis à la théorie de la convention qui lui sert de type; les obligations des parties sont les mêmes[2], sauf les différences fondées sur la nature des choses.

(3) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 31, § 22. — (4) Cf. ci-dessus T. I, § 78, III, 1° i. f.
(5) D. 20, 6, *quib. mod. pign. solv.*, L. 3 i. f.
(1) Cf. I. *h. t.*, § 6. — (2) § 6 i. f., cit.

SECTION I. — DE LA GESTION D'AFFAIRES.

D. 3, 5, et C. 2, 18 (19), *de negotiis gestis*.

CHAMBON, *Die negotiorum gestio*, Leipzig, 1848.
DANKWARDT, *Die negotiorum gestio*, Rostock, 1855.
RUHSTRAT, *Ueber negotiorum gestio*, Oldenbourg, 1858.

§ 473. *Notion et conditions.*

La gestion d'affaires (*negotiorum gestio*), envisagée comme quasi-contrat propre, consiste à administrer les affaires d'autrui en dehors d'un mandat, d'une tutelle et d'une curatelle[1]. Pour que ce quasi-contrat arrive à l'existence, il faut les conditions suivantes :

1° Le gérant doit être capable de s'obliger par convention[2]; car, comme dans le cas de convention, il s'agit pour le gérant de s'obliger par une manifestation de volonté.

2° Le gérant doit avoir administré les affaires d'autrui ; pas de gestion d'affaires s'il a administré les siennes dans la fausse croyance que c'étaient celles d'autrui[3].

3° L'on doit avoir géré les affaires d'autrui en dehors d'un mandat, d'une tutelle et d'une curatelle; autrement on rentre dans le mandat ou dans le quasi-contrat de gestion de tutelle ou de curatelle ; le quasi-contrat de gestion d'affaires n'a qu'un caractère subsidiaire[4]. Il faut même que le maître n'ait pas ratifié après coup ; sa ratification convertit le quasi-contrat de gestion d'affaires en un mandat, c'est un mandat donné *ex post facto* et opérant rétroactivement[5]. En ratifiant la gestion antérieure on y donne son consentement, de la même manière que par la voie du mandat on consent à une gestion subséquente. La gestion ratifiée est donc régie par la théorie du mandat et les obligations des parties sont les mêmes que dans le cas d'un mandat ordinaire[6].

---

(1) Cf. I. *h. t.*, § 1. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 4.
(3) D. *h. t.*, L. 5, § 6 initio (L. 6, § 4 initio).
(4) D. 17, 1, *mand.*, L. 6, § 1; C. *h. t.*, L. 20, pr. (L. 20 initio).
(5) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60 i. f.; arg. D. *eod.*, L. 152, § 2.
(6) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60 i. f.

Si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60). Ratihabitio mandato comparatur (D. *eod.*, L. 152, § 2).

§ 474. *Effets de la gestion d'affaires entre parties.*

I. La gestion d'affaires est un quasi-contrat qui ressemble au mandat; le gérant administre les affaires d'autrui à l'instar du mandataire. Aussi les effets de la gestion d'affaires sont-ils généralement les mêmes que ceux du mandat; le gérant est obligé dans tous les cas et soumis à l'*actio negotiorum gestorum directa,* le maître est tenu d'après les circonstances et soumis à l'*actio negotiorum gestorum contraria*(1). Pour que le gérant soit obligé envers le maître, il suffit du concours des conditions générales de la gestion, telles qu'elles ont été fixées au paragraphe précédent. Par contre, le maître n'est tenu vis-à-vis du gérant que moyennant plusieurs conditions supplémentaires :

1° Le gérant doit avoir eu l'intention d'obliger le maître; à défaut de cette intention, il est sans action contre lui, parce qu'il n'a pas voulu en acquérir une. Par application de ce principe, le maître n'est pas obligé si le gérant a agi dans un esprit de libéralité(2) ou bien s'il a cru gérer ses propres affaires(3). Mais une erreur sur la personne du maître est indifférente(4), car elle n'exclut pas la volonté d'obliger le maître véritable.

2° Il faut que le maître ne se soit pas opposé à la gestion(5); en effet, il s'agit de l'obliger comme en vertu d'un mandat; cette analogie manque s'il s'est opposé à la gestion.

3° La gestion doit être nécessaire ou utile(6); on n'est pas obligé par une gestion d'agrément à laquelle on n'a pas consenti. Si la gestion est nécessaire, le maître est tenu quoiqu'il n'en ait pas profité; par exemple le gérant ayant réparé une maison qui menaçait ruine, la foudre la détruit(7). Mais la gestion utile oblige

(1) I. *h. t.*, § 1. — (2) C. *h. t.*, L. 12 initio.
(3) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 14. — (4) D. *h. t.*, L. 5, § 1.
(5) D. 17, 1, *mand.*, L. 40. — (6) D. *h. t.*, L. 44 (45), pr.
(7) D. *h. t.*, L. 9 (10), § 1 initio.

seulement le maître dans les limites du profit qu'il en a retiré au moment de la poursuite(8). Cette distinction est rationnelle. Dans le cas d'une gestion nécessaire, l'intervention du gérant est justifiée sans réserve par les circonstances et dès lors elle devait être absolument obligatoire; si la gestion est simplement utile, le maître n'est tenu qu'à raison de cette utilité et partant dans les limites de celle-ci.

L'obligation du maître n'est point subordonnée à sa capacité(9); comme elle se forme en dehors de sa volonté, l'insuffisance ou l'absence de la volonté devait être indifférente.

II. En ce qui concerne la durée et l'étendue de l'obligation du gérant, celui-ci doit continuer la gestion qu'il a entreprise(10), jusqu'à ce que le maître soit en état de s'en charger, et le gérant doit administrer toutes les dépendances de la même affaire(11).

Si, cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur (D. *h. t.*, L. 5, § 1).

Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum (D. *h. t.*, L. 9 (10), § 1)(12).

Si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio (D. *h. t.*, L. 3, § 5).

§ 475. *Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers.*

1° Lorsque les tiers sont devenus créanciers en vertu d'un contrat conclu avec le gérant, ils ont contre le maître l'action *de in rem verso* si, d'après les règles prémentionnées, la gestion est

(8) Arg. D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 5, pr. — (9) D. *h. t.*, L. 3, § 5 initio.
(10) D. *h. t.*, L. 20 (21), § 2. — (11) D. *h. t.*, L. 30 (31), § 2.
(12) Ce texte doit être restreint aux gestions nécessaires.



obligatoire pour lui (1); le nom de l'action indique sa condition essentielle, l'utilité de la gestion.

2° Lorsque, en sens opposé, les tiers sont devenus débiteurs, le maître dispose contre eux des mêmes actions que le gérant, par exemple de l'*actio venditi* ou de l'*actio mutui;* ces actions lui appartiennent *utiliter quasi ex jure cesso*. C'est l'application de la théorie du mandat (2); le maître peut convertir la gestion en un mandat par la ratification et il la ratifie d'une manière tacite en exerçant les actions du mandant.

Regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem (D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 3, § 2).

SECTION II. — DES SACRIFICES FAITS POUR SAUVER UN NAVIRE.

D. 14, 2, *de lege Rhodia de jactu.*

De Schryver, *Mémoire sur la loi Rhodia de jactu, dans les Annales des Universités de Belgique* II, p. 373-441, Bruxelles, 1844.

§ 476. *Principe général.*

Si, un navire de mer étant en danger, un sacrifice est fait dans le but de le sauver et que le navire soit effectivement sauvé, tous les intéressés doivent contribuer à la perte en proportion de leur intérêt (1). Tel était le principe consacré par le droit des Rhodiens, on l'appelait loi *Rhodia de jactu* (1); les Romains l'adoptèrent.

Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est (D. *h. t.*, L. 1).

§ 475—(1) D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 3, § 2 initio; C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7, § 3 (§ 1). — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 393, II, 2° initio, et 431 initio.
§ 476—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1.

§ 477. *Conditions de la contribution.*

1° Un navire de mer doit avoir été en péril(1).

2° Un sacrifice doit avoir été fait(2); le cas principal est celui d'un jet de marchandises(3).

3° Le sacrifice doit avoir été fait dans le but de sauver le navire(4); les pertes accidentelles ne donnent pas lieu à contribution(5); celle-ci n'est justifiée que par le sacrifice fait dans l'intérêt commun.

4° Il faut que le navire ait été sauvé(6). S'il a péri malgré le sacrifice, celui-ci n'a servi à rien et partant ne doit pas être une cause de contribution pour les propriétaires des marchandises sauvées du naufrage; la conservation de ces marchandises est due au fait des sauveteurs et non au jet(7).

Navis onustae levandae causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham trajectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur aut in ipso ostio(8) vel portu, eaque scapha summersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces salvas habent, cum his qui in scapha perdiderunt, proinde tamquam si jactura facta esset (D. *h. t.*, L. 4, pr.).

Si conservatis mercibus deterior facta sit navis aut si quid exarmaverit(9), nulla facienda est collatio (D. *h. t.*, L. 2, § 1).

§ 478. *Du mode de contribution.*

Les sacrifices faits dans le but de sauver un navire forment un quasi-contrat qui a pour type le mandat; ils constituent un acte de bonne gestion des affaires de tous les intéressés. C'est pourquoi

(1) D. *h. t.*, L. 2, § 2 initio et 3.
(2) D. *h. t.*, L. 1, L. 2, § 3 initio, L. 3, L. 4, pr. initio. — (3) D. *h. t.*, L. 1.
(4) D. *h. t.*, L. 1, L. 2, § 1 i. f., L. 5, pr. i. f.
(5) D. *h. t.*, L. 2, § 1 et 3 i. f., L. 5, pr. — (6) Paul, II, 7, § 5.
(7) D. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. — (8) A l'embouchure du fleuve.
(9) Ou s'il a souffert dans ses agrès.

chacun des intéressés, y compris le propriétaire des marchandises jetées, doit contribuer à la perte eu égard à l'importance de celle-ci par rapport à la masse entière; selon que la perte est d'un quart, de la moitié, etc., il doit contribuer pour un quart, pour la moitié, etc., de son intérêt(1). Quant aux intéressés qui ont le droit d'exiger la contribution à raison d'une perte, ils sont créanciers du montant de leur perte propre et débiteurs de leur part dans la perte collective(2).

Placuit omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere (D. *h. t.*, L. 2, § 2). Portio autem pro aestimatione rerum quae salvae sunt et earum quae amissae sunt praestari solet (D. *h. t.*, L. 2, § 4).

SECTION III. — DE LA RÉCEPTION DES EFFETS DES VOYAGEURS DANS UN HÔTEL OU DANS UN BATEAU ; § 479.

D. 4, 9, *nautae caupones stabularii ut recepta restituant.*

MÜLLER (C. F.), *Ueber die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten*, Leipzig, 1857, 2de édition.

Les hôteliers ou aubergistes (*caupones*) sont responsables du dommage causé aux effets des voyageurs pendant leur dépôt à l'hôtel ou à l'auberge(1); les tenanciers d'étables (*stabularii*) et les bateliers (*nautae*) ont la même obligation(2) (*receptum nautae, cauponis et stabularii**). La responsabilité de l'hôtelier dérive d'un quasi-contrat analogue au dépôt(3) et se justifie par la considération que le voyageur est le plus souvent forcé de se confier à un inconnu(4). L'hôtelier répond de tout dommage causé aux effets du voyageur(5), bien qu'on ne puisse lui reprocher aucune faute(6); les cas de force majeure, tels qu'un vol accompli de vive force ou

§ 478—(1) D. *h. t.*, L. 2, § 2, vis Placuit omnes....... distribui oportet, et § 4 initio.
(2) D. *h. t.*, L. 4, § 2.
§ 479—(1) D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 5 initio.
(2) D. *h. t.*, L. 1, pr., § 2 initio et 5 initio. — (3) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1.
(4) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio, cf. § 1 i. f. et L. 3, § 1.
(5) D. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f., L. 5, § 1. — (6) D. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f.

un incendie purement accidentel, font seuls exception à la règle (7). Mais, s'il y a eu délit de la part de ses gens, l'hôtelier est tenu au payement du double en vertu d'un quasi-délit (8).

Omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeò scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit (D. *h. t.*, L. 3, § 1).

SECTION IV. — DE LA DÉTENTION D'UNE CHOSE SANS CAUSE.

D. 12, 6, et C. 4, 5, *de condictione indebiti.*

WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorff, 1850.

ERXLEBEN, *Die condictiones sine causa*, 2 vol., Leipzig, 1850-1853.

WITTE (H.), *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, p. 41 et suiv., Halle, 1859.

VOIGT, *Ueber die condictiones ob causam*, Leipzig, 1862.

§ 480. *Des divers cas où l'on détient une chose sans cause.*

Il existe des cas nombreux où, en dehors de toute convention conclue à cette fin, on doit restituer une chose que l'on détient sans cause. L'obligation de rendre naît d'un quasi-contrat analogue au prêt; lorsque des choses empruntées sont devenues exigibles, l'emprunteur les retient également sans cause et c'est pour ce motif qu'il est tenu de les rendre (1). L'action naissant de ce quasi-contrat est une *condictio sine causa* dans le sens large (2).

I. On peut répéter une prestation indue faite par erreur (3); la *condictio sine causa* prend ici le nom spécial de *condictio indebiti* (4). Cette action en répétition suppose trois choses : une prestation faite par le demandeur au défendeur (5), l'absence d'une

(7) D. *h. t.*, L. 3, § 4 initio. — (8) I. 4, 5, *de oblig. quae quasi ex del. nasc.*, § 3.
(1) I. *h. t.*, § 6. — (2) D. 12, 6, *de condict. sine causa*, L. 1, pr. initio, § 1-2, L. 4.
(3) I. *h. t.*, § 6. — (4) D. et C. *h. t.* — (5) D. *h. t.*, L. 33 initio.

obligation civile ou naturelle[6] et l'erreur du demandeur[7]; celui-ci doit avoir cru qu'il était tenu de faire la prestation. S'il savait ne pas la devoir, il n'a pas le droit de répéter, car il a voulu faire une libéralité[8]; il n'y a pas moyen d'interpréter autrement sa conduite. Conformément au droit commun de la preuve, le demandeur à la *condictio indebiti* doit établir le triple fondement de son action[9]. En ce qui concerne la preuve de l'indu, si le demandeur s'est fait délivrer une quittance qui mentionne la cause de la dette — elle porte par exemple ' reçu 1000 as en remboursement d'un prêt ' — le demandeur doit établir qu'il n'était pas débiteur en vertu de cette cause. Si la quittance ne spécifie pas la cause de la dette — si elle porte simplement ' reçu 1000 as qui m'étaient dus ' — ou bien si le demandeur ne possède aucune quittance, il doit commencer par établir qu'il avait voulu payer telle dette déterminée, puis prouver que cette dette n'existait point. La difficulté de cette preuve négative n'est pas un motif de rejeter la charge de la preuve sur le défendeur, alors surtout que le demandeur a commis la faute de payer ce qu'il ne devait point et que cette faute peut avoir amené le défendeur à détruire la preuve de sa créance. Toutefois, si le défendeur nie le payement et que le demandeur l'établisse, c'est au défendeur de prouver qu'il était créancier ou bien que son adversaire a payé sciemment l'indu. En effet, en déclarant ne pas avoir reçu la chose réclamée, le défendeur s'engage implicitement à la rendre pour le cas où il serait établi qu'il l'a reçue; il n'est autorisé à la garder qu'en prouvant son droit par rapport à elle[10].

II. Indépendamment d'une erreur, on peut encore répéter dans trois circonstances différentes.

1° On est admis à répéter une prestation faite en vue d'un but qui ne s'est pas réalisé[11]; le principe s'applique surtout aux contrats réels innomés[12]. La *condictio sine causa* reçoit dans

(6) D. *h. t.*, L. 16, pr., L. 51, L. 64. — (7) D. *h. t.*, L. 1, § 1.
(8) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 53. — (9) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, pr. i. f.
(10) L. 25, pr. initio, cit. — (11) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 1.
(12) Cf. ci-dessus T. II, § 363 et 386, I, 1°. Voyez encore § 441, 1°.

l'espèce la dénomination particulière de *condictio causa data causa non secuta* (13).

2° On peut aussi répéter une prestation faite dans un but illicite ou immoral du côté de la partie qui l'a reçue (14). Si le but est illicite ou immoral pour les deux parties (15) ou seulement pour l'auteur de la prestation (16), la répétition est exclue ; on ne peut invoquer sa propre malhonnêteté pour se faire rendre ce qu'on a payé. La *condictio sine causa* s'appelle ici *condictio ob turpem vel injustam causam* (17).

Enfin 3° on peut répéter une chose dont on a été privé en vertu d'une cause nulle dès le principe ou en vertu d'une cause qui est venue à cesser (18). Il y a une cause nulle dès le principe si l'on paye une dette de jeu (19) ou des intérêts usuraires (20), si l'on est dépouillé d'une chose par suite d'un vol (21) ou de l'emploi de la violence (22). La cause de la prestation est venue à cesser si un débiteur a remis à son créancier un écrit constatant la dette et que celle-ci soit éteinte (23). Dans cette catégorie d'applications, la *condictio sine causa* conserve le plus souvent son nom générique ; c'est la *condictio sine causa* dans le sens restreint (24) ; la *condictio furtiva* en forme une variété (25).

Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem (*scil. per condictionem indebiti*) condicere potest : sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio (D. *h. t.*, L. 1, § 1). Consulto dati donatio est (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 53).

Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promit-

(13) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*
(14) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 4, § 2.
(15) D. *eod.*, L. 2, § 2, L. 3, L. 4, pr. et § 1. — (16) D. *eod.*, L. 4, § 3.
(17) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*
(18) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 2. — (19) Cf. ci-dessus T. II, § 465, 1°.
(20) Cf. ci-dessus T. II, § 344, 1°. — (21) Cf. ci-après § 487, 2°.
(22) D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 2.
(23) C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa*, L. 2.
(24) C. *eod.*; D. 12, 7, *de condict. sine causa*. — (25) Cf. ci-après § 487, 2°.

tendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est condictioni locum fore (D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 2).

Quotiens.. solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait repeti posse : veluti si tibi dedero, ne mihi iujuriam facias (D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 4, § 2).

Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus : veluti si pecunia detur, ut male judicetur (D. *eod.*, L. 3).

Quod meretrici[26] datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis : illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix (D. *eod.*, L. 4, § 3).

§ 481. *Règles relatives à la restitution des choses détenues sans cause.*

Le débiteur de restitution est traité d'une manière différente selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi :

1° S'il est de bonne foi, il doit seulement rendre ce dont il s'est enrichi[1]. En effet, on ne commet aucune faute en acceptant un payement indu dans la conviction qu'on y a droit, et l'on ne peut en commettre une après la réception de la chose, puisqu'on est propriétaire de celle-ci ou qu'on croit l'être; c'est le payant qui est coupable de faute et doit supporter les pertes résultant du payement. Par application de ce principe, le débiteur de restitution ne répond pas de la perte ou de la détérioration de la chose, fût-elle due à son fait; s'il a vendu la chose, il ne doit rendre que le prix de vente[2] et, dans le cas de donation, il n'est tenu à aucune restitution[3]. S'il s'agit de choses frugifères, il est comptable des fruits perçus[4] mais non de ceux qu'il aurait pu percevoir par

(26) A une femme publique.

(1) D. *h. t.*, L. 3 i. f.

(2) D. *h. t.*, L. 26, § 12, v[is] vel hominem indebitum......... habes.

(3) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 8. — (4) L. 65 cit., § 5.

une meilleure gestion. Enfin, il a droit à une indemnité pour ses impenses nécessaires d'une façon absolue, et pour ses impenses utiles en tant qu'elles ont augmenté la valeur de la chose (5).

2° Le débiteur de restitution, lorsqu'il est de mauvaise foi, doit réparer tout le dommage qu'il a causé à la partie adverse en le privant de sa chose (6); c'est la conséquence de son dol. Le fait d'entrer de mauvaise foi en possession d'une chose mobilière constitue même un vol (7) et constitue de plein droit en demeure (8), avec les effets ordinaires. Abstraction faite de la demeure, le débiteur de mauvaise foi répond de la perte ou de la détérioration de la chose, si l'on peut lui reprocher une faute; il doit la pleine valeur de la chose dans le cas d'aliénation (9); il doit compte des fruits qu'il a perçus et de ceux qu'il a négligé de percevoir, enfin ses impenses nécessaires sont les seules qui soient sujettes à restitution (10).

Bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur (D. *h. t.*, L. 3).

Dedi.. hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere (11) debes, quod ex pretio habes (D. *h. t.*, L. 26, § 12).

Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit (D. 47, 2, *de furt.*, L. 43, pr.).

SECTION V. — DE LA COMMUNAUTÉ ACCIDENTELLE.

D. 10, 3, et C. 3, 37, *communi dividundo.*

§ 482. *Notions générales.*

La communauté accidentelle (*communio incidens**) est celle qui se forme en dehors d'une convention. Elle se produit principale-

(5) D. *h. t.*, L. 26, § 12, v^is vel meis sumptibus......... debent?
(6) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 8 initio. — (7) D. 47, 2, *de furt.*, L. 43, pr.
(8) Arg. D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, § 1 i. f.
(9) D. *h. t.*, L. 65, § 8 initio, et arg. L. 26, § 12, v^is sine fraude.
(10) Arg. D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 13. — (11) Rendre.

ment entre cohéritiers(1). Il y a aussi une communauté accidentelle entre les propriétaires de deux fonds de terre dont les limites se sont confondues, de telle sorte qu'il est impossible de les reconnaître; en présence de cette confusion, il ne reste qu'à considérer comme accidentellement commune la lisière de terrain qui n'appartient d'une manière certaine à aucun des voisins; l'action en bornage dégénère alors en une action en partage(2). La communauté accidentelle est une quasi-société(3) et produit en général les effets de la société proprement dite. Ainsi :

1° Chacun des communistes a qualité pour administrer les biens communs, sauf le droit d'opposition des autres(4).

2° Chacun peut disposer de sa part indivise au profit d'une autre personne(5).

3° Chaque communiste a le droit de demander le partage des biens communs; nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision(6). Le partage peut être réclamé malgré toute convention contraire(7). C'est que l'indivision restreint les droits de chacun des copropriétaires dans l'intérêt des autres; or ces restrictions sont une source de contestations et de procès(8); on ne peut perpétuer un pareil état. Il est seulement permis de convenir que le partage sera suspendu pendant un temps modéré, abandonné à l'appréciation du juge(9); les copropriétaires ont parfois intérêt à rester momentanément dans l'indivision(9), afin d'éviter une vente désavantageuse des biens communs(10).

4° La communauté accidentelle produit l'action *communi dividundo*, l'action *familiae erciscundae* et l'action *finium regundorum*(11). L'action *communi dividundo* est l'action générale, elle embrasse tous les cas de communauté accidentelle, à l'exception

(1) D. 17, 2, *pro socio*, L. 31 i. f.

(2) D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 2, § 1 initio..— (3) Cf. I. *h. t.*, § 3-4.

(4) D. *h. t.*, L. 28. Cf. ci-dessus T. I, § 200, 1°, et T. II, 447, I, 2°.

(5) C. 4, 52, *de comm. rer. alien.*, L. 3. Voyez toutefois C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 14. Cf. ci-dessus T. I, § 200, 2°, et T. II, § 448 et 449. — (6) C. *h. t.*, L. 5.

(7) D. *h. t.*, L. 14, § 2 initio. — (8) D. 31, *de leg.* 2°, L. 77, § 20 i. f.

(9) D. *h. t.*, L. 14, § 2 i. f. — (10) Cf. ci-dessus T. II, § 400 et 455.

(11) I. 4, 6, *de action.*, § 20 initio.

de ceux qui ont été attribués aux deux autres actions (12). L'action *familiae erciscundae* s'applique à la communauté entre cohéritiers (13), l'action *finium regundorum* à la communauté résultant de la confusion des limites de deux fonds de terre (14). Ces actions naissant de la communauté servent à poursuivre l'exécution des diverses obligations fondées sur la communauté (15); parmi ces obligations figure celle de partager les biens indivis, si l'un des intéressés en fait la demande (16). Malgré leur nom, les actions naissant de la communauté peuvent être exercées en dehors d'une demande en partage (17).

Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat (D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 2, § 1).

In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri : quapropter aditus praeses provinciae ea, quae communia tibi cum sorore perspexerit, dividi providebit (C. *h. t.*, L. 5).

Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est : sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valebit (D. *h. t.*, L. 14, § 2).

§ 483. *De l'action finium regundorum.*

D. 10, 1, et C. 3, 39, *finium regundorum.*

Quoiqu'elle puisse donner lieu à un partage (1), l'action *finium regundorum* est à vrai dire une action en bornage (2) d'immeubles ruraux (3). Anciennement elle se poursuivait d'après des règles différentes selon que la contestation des limites se restreignait aux cinq pieds séparant les propriétés rurales (*controversia de fine*)

(12) D. *h. t.*, L. 4, pr. — (13) I. 4, 6, *de action.*, § 20 initio.

(14) D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 2, § 1 initio.

(15) D. *h. t.*, L. 4, § 3, L. 8, § 2. — (16) D. *h. t.*, L. 4, pr.

(17) D. *h. t.*, L. 14, § 1, v[is] Quae cum ita sint........ rei communione. Cf. ci-dessus T. II, § 447, II, et 456.

(1) D. *h. t.*, L. 2, § 1 initio. Cf. ci-dessus § 482 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 8, § 1.

(3) D. *h. t.*, L. 4, § 10.

ou qu'elle avait plus d'étendue (*controversia de loco*)(4). Dans le premier cas, le différend soulevait une simple question de fait et le jugement était confié à des arbitres pris parmi les arpenteurs ou *agrimensores*(5); dans le second, il s'agissait d'une question de droit et l'on nommait un juge ordinaire(5), qui avait la faculté de désigner un arpenteur comme expert(6). Sous Justinien le magistrat juge indistinctement en personne(7), avec la même faculté(8).

Ad officium de finibus cognoscentis pertinet mensores mittere et per ipsos dirimere ipsam finium quaestionem ut aequum est, si ita res exigit, oculisque suis subjectis locis(9). (D. *h. t.*, L. 8, § 1).

CHAPITRE III. — DES DÉLITS.

I. 4, 1, *de obligationibus quae ex delicto nascuntur.* — D. 47, 1, *de privatis delictis.*

SECTION I. — DES DÉLITS EN GÉNÉRAL.

§ 484. *Notions et division.*

Le délit (*delictum*, de *delinquere*, commettre une faute) est la violation d'une loi pénale. Il suppose une loi pénale, c'est-à-dire une loi qui défend ou ordonne certains actes sous la menace d'une peine, et une violation de cette loi; l'on doit avoir fait l'acte défendu par la loi ou bien avoir omis de faire l'acte qu'elle ordonnait. Comme tout acte illicite(1), le délit exige une faute de la part de son auteur(2); mais un dol ou la volonté de manquer à la loi

(4) FRONTINUS, *de controversiis*, p. 12 et 13, lignes 1-6 (éd. LACHMANN).

(5) FRONTINUS, *de contr. agr.*, p. 43, lignes 22-26, et p. 44, lignes 1-3 (éd. LACHMANN). — (6) D. *h. t.*, L. 8, § 1. — (7) C. *h. t.*, L. 5. — (8) C. *h. t.*, L. 3.

(9) Après une vue des lieux.

(1) Cf. ci-dessus T. I, § 69, 1°, et 86.

(2) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 61 i. f.; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5, § 2.

pénale est inutile[3]. Les Romains distinguent des délits publics et des délits privés.

1° Les délits publics ou les crimes (*delicta publica*, *crimina*) sont les délits qui troublent directement l'ordre social[4]. Leur répression intéresse la société entière; c'est pourquoi tout citoyen peut accuser quelqu'un d'un crime[5]. Par une autre application de la même idée, l'ancien droit romain déférait le jugement des crimes au peuple lui-même, réuni en comices centuriates[6]; mais sous Auguste la juridiction criminelle du peuple fut abolie[7]. Les juges au criminel étaient maintenant les *quaestiones perpetuae* et certaines autres autorités telles que le préfet de la ville[8] et le sénat[9]. Les *quaestiones perpetuae*, qui remontent à la fin de la république, étaient des tribunaux criminels permanents ayant une compétence déterminée; les juges étaient pris, à l'occasion de chaque poursuite, parmi les citoyens portés sur une liste qui était dressée tous les ans. Le président du tribunal était un préteur, appelé *quaestor*[10]. Comme les *quaestiones perpetuae* formaient la règle, on distinguait sous l'empire des *crimina publica*[11] et des *crimina extraordinaria*[12], selon que le crime était jugé par une *quaestio perpetua* ou par une autre autorité. Vers la fin de la période classique, les *quaestiones perpetuae* tombèrent en désuétude[13] et, sous Justinien, le jugement des crimes appartient, à Constantinople, au préfet de la ville[14] et, dans les provinces, aux gouverneurs[15]. En fait, il n'y avait plus de *crimina publica*, mais on conserva ce nom aux crimes déférés autrefois à une *quaestio perpetua*[16] et l'on continua d'appeler *crimina extraordi-*

(3) I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 3 i. f. — (4) Cf. I. 4, 18, *de publ. jud.*, § 3-11.

(5) I. *eod.*, § 1. — (6) Cic., *de republ.* II, 36, et *de leg.* III, 4 et 19.

(7) Dion Cassius, LVI, 40. — (8) Tacite, *Ann.* VI, 11.

(9) Dion Cassius, LII, 31.

(10) D. 1, 2, *de orig. jur.*, L. 2, § 32, v^is Deinde Cornelius Sulla......... adjecit.

(11) D. 48, 1, *de publ. jud.*, L. 1. — (12) D. 47, 11, *de extraord. crim.*, L. 3.

(13) Cf. D. 1, 21, *de off. ejus, cui mand. est jurisd.*, L. 1, pr.

(14) D. 1, 12, *de off. praef. urbi*, L. 1, pr.

(15) C. Théod. 9, 41, *ne sine jussu princ.*, L. 1, § 2 cbn. avec § 1. Voyez toutefois C. Théod. 2, 1, *de jurisd.*, L. 8, et C. J. 1, 55, *de defens. civit.*, L. 5.

(16) D. 48, 1, *de publ. jud.*, L. 1.

naria les crimes qui, à l'époque classique, étaient jugés par d'autres autorités[17].

2° Les délits privés (*delicta privata*) sont ceux qui lèsent avant tout des intérêts privés et ne troublent qu'indirectement l'ordre social. Pour ce motif, les particuliers lésés par le délit ont seuls le droit d'en poursuivre la répression[18] et la peine du délit a aussi un caractère privé; elle consiste en une somme d'argent[19]. Toutefois, dans le dernier état du droit romain, la plupart des délits privés sont en outre frappés d'une peine criminelle[20], dont seule la partie lésée peut demander l'application; elle a l'option entre la poursuite civile et la poursuite criminelle[20], sans pouvoir les cumuler[21]. Les délits privés sont le vol, la rapine, le dommage illicite et l'injure[22].

§ 485. *Effets des délits.*

Tout délit produit un double effet : il rend le délinquant passible de la peine portée contre le délit et l'oblige à réparer le dommage causé à autrui. La règle s'applique même aux délits publics, mais il ne sera pas davantage question de ceux-ci, parce que, à raison de leur nature, ils ne sont pas du domaine du droit privé; pour le même motif, nous nous abstiendrons de parler encore de la peine criminelle des délits privés. Aux deux effets des délits privés correspondent deux sortes d'actions : des actions pénales, tendant à obtenir la peine pécuniaire attachée au délit privé, et des actions répersécutoires ou en dommages et intérêts; si une seule action comprend ces deux objets, on l'appelle mixte, c'est-à-dire pénale et répersécutoire[1]. Conformément aux principes généraux sur la transmission des actions aux héritiers[2],

(17) D. 47, 11, *de extraord. crim.*, L. 3. — (18) Arg. D. 47, 2, *de furt.*, L. 10.

(19) I. *h. t.*, § 5.

(20) D. 47, 2, *de furt.*, L. 93 (92); I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 11; I. 4, 4, *de injur.*, § 10 initio.

(21) D. 47, 2, *de furt.*, L. 57 (56), § 1; D. 47, 10, *de injur.*, L. 6 i. f.

(22) I. *h. t.*, pr. i. f.

(1) I. 4, 6, *de action.*, § 16, 18 et 19 initio. — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 105, V.

toutes ces actions, excepté l'action d'injures, se transmettent activement aux héritiers de l'ayant droit. Mais l'action répersécutoire est la seule qui se donne contre les héritiers du coupable, dans les limites du profit qu'ils ont retiré du délit de leur auteur(3). L'action pénale et l'action mixte ne se transmettent point passivement(4), car elles poursuivent une peine et celle-ci est personnelle au coupable(5); à défaut d'une action répersécutoire naissant du délit(6), les héritiers du délinquant sont soumis à une action *in factum* en restitution du profit que le délit leur a procuré(7).

Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 38).

SECTION II. — DU VOL.

D. 47, 2, *de furtis.* — C. 6, 2, *de furtis et de servo corrupto.*

WÄCHTER, *Weiske's Rechtslexikon* III, p. 354-423, Leipzig, 1844.

§ 486. *Notion et conditions.*

Le vol est le déplacement frauduleux d'une chose; *furtum est contrectatio rei fraudulosa*(1). Il suppose :

1° Le déplacement d'une chose(2); la simple intention de se l'approprier est insuffisante(3); c'est l'application du principe d'après lequel la volonté humaine est inexistante au point de vue juridique tant qu'elle reste renfermée dans le for intérieur(4). Le vol exigeant un déplacement est restreint aux choses mobilières(5). Mais il ne requiert pas une soustraction commise au détriment d'un tiers possesseur ou détenteur de la chose; même le posses-

§ 485—(3) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 38.
(4) I. 4, 12, *de perpet. et tempor. act.*, § 1 initio. — (5) D. 48, 19, *de pœn.*, L. 20.
(6) D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 27 i. f.
(7) C. 4, 17, *ex del. defunct. in quant. her. conv.*, L. un.
§ 486—(1) I. *h. t.*, § 1 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 52, § 19 initio.
(3) D. *h. t.*, L. 1, § 1. — (4) Cf. ci-dessus T. I, § 69, 2°. — (5) D. *h. t.*, L. 25, pr.

seur ou le détenteur, par exemple le dépositaire d'une chose, peut la voler en la déplaçant frauduleusement(6) et le fait de recevoir sciemment un payement indu est un vol, puisqu'il implique un déplacement frauduleux(7). La clandestinité n'est pas non plus une condition du vol; on peut voler une chose en l'enlevant ostensiblement(8).

2° Une intention frauduleuse ou l'intention de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui (9); si quelqu'un déplace la chose d'autrui dans la conviction qu'il a le droit de le faire, il ne commet pas de vol (10). L'intention frauduleuse du voleur peut avoir l'un des trois objets suivants(11). Ou bien le voleur veut s'approprier la chose elle-même. Ou bien il veut simplement s'enrichir de l'usage de la chose, par exemple le dépositaire d'une chose se borne à s'en servir, sans vouloir se l'approprier (12). Ou bien encore le voleur veut seulement dépouiller quelqu'un de la possession; tel est le cas du débiteur qui soustrait au créancier gagiste la chose engagée (13).

Furtum est contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve (I. *h. t.*, § 1). Itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit (I. *h. t.*, § 6).

Praetereundum non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit (AULU-GELLE, XI, 18, § 19 (éd. HERTZ)).

§ 487. *Effets du vol.*

1° Le voleur doit payer, à titre de peine, le double du dommage causé par son délit; il est soumis de ce chef à l'*actio furti*(1). Celle-ci appartient à quiconque avait intérêt à ce que le vol ne fût

(6) I. *h. t.*, § 6. — (7) D. *h. t.*, L. 43, pr. — (8) AULU-GELLE, XI, 18, § 19 (éd. HERTZ).
(9) D. *h. t.*, L. 1, § 3 initio. — (10) I. *h. t.*, § 7. — (11) I. *h. t.*, § 1.
(12) I. *h. t.*, § 6. — (13) I. *h. t.*, § 14 i. f.
(1) I. *h. t.*, § 5; D. *h. t.*, L. 46, § 1.

pas commis[2]; la peine compense les chances de perte résultant du vol. D'après cela, si une chose louée est volée, le locataire dispose de l'*actio furti* à raison de sa responsabilité vis-à-vis du bailleur; celui-ci ne peut y recourir faute d'intérêt[3].

2° Le voleur doit en outre restituer la chose volée[4]; par suite de son délit, il est de plein droit en demeure[5], avec les effets ordinaires[6]. La restitution de la chose volée est due au propriétaire[7], à ceux qui ont un droit réel sur la chose[8] et au possesseur de bonne foi[9]; le propriétaire peut poursuivre la restitution par la *condictio furtiva*[10], les autres ayants droit par une *condictio sine causa*[11].

§ 488. *Du vol manifeste.*

Il y a vol manifeste ou flagrant (*furtum manifestum*), si le voleur est pris au moment où il commet ou vient de commettre le vol ou bien pendant qu'il est encore nanti de la chose volée avant d'être parvenu à l'endroit où il voulait la déposer[1]. En vertu de la loi des Douze tables, le voleur manifeste devenait l'esclave du volé[2]; le préteur substitua à cette peine draconienne celle du quadruple du dommage causé par le vol[3].

SECTION III. — DE LA RAPINE; § 489.

I. 4, 2, *vi bonorum raptorum*. — D. 47, 8, *vi bonorum raptorum et de turba*. — C. 9, 33, *vi bonorum raptorum.*

La rapine (*rapina*) est un vol commis avec violence[1]. La rapine étant un vol suppose le déplacement frauduleux d'une chose

§ 487—(2) I. *h. t.*, § 13.

(3) I. *h. t.*, § 14, 15 et 16 initio. Voyez cependant I. *h. t.*, § 16, v^is Sed nostra providentia........, et D. *h. t.*, L. 46, § 2. — (4) I. *h. t.*, § 19.

(5) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, § 1.

(6) D. *eod.*, L. 20. Cf. ci-dessus T. II, § 301, II, 2°, et 303. — (7) I. *h. t.*, § 19.

(8) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 12, § 2.

(9) D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. cbn. avec l'initium.

(10) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 1.

(11) D. *eod.*, L. 12, § 2; D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. cbn. avec l'initium.

§ 488—(1) I. *h. t.*, § 3. — (2) GAIUS, III, 189 initio. — (3) GAIUS, III, 189 i. f.

§ 489—(1) Cf. I. *h. t.*, pr. initio.

mobilière(2); elle exige de plus l'emploi de la violence(3). A titre de vol, elle est frappée de la peine du double ou du quadruple du dommage, selon qu'elle est non manifeste ou manifeste(4), et elle donne lieu à l'*actio furti*(5) et à la *condictio furtiva*(6). Mais de plus, comme délit propre, la rapine est punie de la peine du triple de la valeur de la chose enlevée(7), indépendamment de la restitution de la chose elle-même(7); l'auteur de la rapine doit donc payer en tout le quadruple de la valeur de la chose enlevée(8). Il est soumis de ce chef à l'action mixte *vi bonorum raptorum*(8).

SECTION IV. — DU DOMMAGE ILLICITE.

I. 4, 3, *de lege Aquilia*. — D. 9, 2, *ad legem Aquiliam*. — C. 3, 35, *de lege Aquilia*.

PERNICE (A.), *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar, 1867.

§ 490. *Historique*.

La réparation du dommage illicite fut réglée à Rome par la loi *Aquilia*(1), qui remonte probablement au troisième siècle avant l'ère chrétienne. Cette loi comprenait au moins trois chapitres. Le premier et le second prévoyaient respectivement le cas où l'on avait tué des esclaves ou des bestiaux (*quadrupedes pecudes*)(2) et celui où un *adstipulator*, qu'un créancier s'était adjoint afin de stipuler valablement *post mortem suam*(3), remettait la dette au débiteur par acceptilation, de façon à dépouiller le créancier de son droit de créance(4). Le second chapitre tomba en désuétude(5). Le troisième embrassait tous les autres dommages illicites(6). A la vérité, les termes de la loi visaient seulement le préjudice causé par un contact matériel avec la chose d'autrui et consistant en une lésion matérielle de cette chose (*damnum corpore corpori datum**)(7).

§ 489—(2) I. *h. t.*, § 1 initio; C. *h. t.*, L. 1. — (3) I. *h. t.*, pr. initio.
(4) D. *h. t.*, L. 1 initio; D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (80), § 3.
(5) D. *h. t.*, L. 1 initio. — (6) D. *h. t.*, L. 2, § 26 initio.
(7) I. *h. t.*, pr. i. f. — (8) Pr. cit.
(1) D. *h. t.*, L. 1. — (2) GAIUS, III, 210. — (3) Cf. ci-dessus T. II, § 380, I.
(4) GAIUS, III, 215. — (5) D. *h. t.*, L. 27, § 4. — (6) GAIUS, III, 217 initio.
(7) I. *h. t.*, § 16.

Or il est possible d'endommager la chose d'autrui sans la toucher, par exemple j'effraye l'animal d'autrui qui se jette dans le fleuve ou dans un précipice où il périt. Il arrive aussi qu'on prive quelqu'un de sa chose sans la léser; tel est le cas où je chasse l'animal d'autrui dans un bois d'où il ne revient plus, tout en restant en vie. Mais, dans la première hypothèse, on accorda au propriétaire une action utile de la loi *Aquilia* (8) et, dans la seconde, une action *in factum* (9); on appliqua à ces deux voies de droit toutes les règles de l'action directe de la loi *Aquilia* (10).

§ 491. *Notion et conditions du dommage illicite.*

Le dommage illicite (*damnum injuria datum*) est celui qui est causé par un acte illicite (1). Comme il a été expliqué dans la partie générale du Cours (2), l'acte illicite est un acte qui lèse le droit d'autrui, ce qui implique deux choses.

1° Il faut d'abord un fait matériellement contraire au droit d'autrui; si l'acte constitue l'exercice d'un droit, il ne lèse personne; *qui jure suo utitur, neminem laedit* (3). De là la légitime défense dont il a été question ailleurs (4). En général, nous ne répondons pas davantage d'une simple omission (5), car nous ne sommes pas tenus de faire quelque chose au profit d'un autre; en nous renfermant dans l'inaction quant aux intérêts d'autrui, nous usons de notre droit. Mais la règle cesse avec son motif toutes les fois qu'en vertu d'un rapport obligatoire nous étions tenus de faire ce que nous avons omis (6); alors notre abstention, au lieu d'être l'exercice d'un droit, constitue une lésion du droit d'autrui. Enfin, si un débiteur a apporté à l'exécution de son obligation le degré de soins réclamé par la nature du lien obligatoire, il n'est pas soumis à l'action Aquilienne, pas plus qu'à l'action naissant

(8) § 16 initio, cit. — (9) D. *h. t.*, L. 27, § 21; I. *h. t.*, § 16 i. f.
(10) Arg. D. *h. t.*, L. 53.
(1) Cf. D. *h. t.*, L. 49, § 1 initio. — (2) T. I, § 86. — (3) D. *h. t.*, L. 5, § 1 initio.
(4) T. I, § 31 i. f. — (5) D. 7, 1, *de usufructu*, L. 13, § 2 i. f.
(6) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 15 (14), § 1; D. *h. t.*, L. 27, § 9, L. 31.

de l'obligation (7); tel est le cas du dépositaire qui se rend coupable d'une faute légère. En se dispensant d'apporter à la garde et à la conservation de la chose déposée les soins d'un bon père de famille, le dépositaire use d'un droit contractuel. La décision contraire renverserait la théorie de la prestation des fautes dans les obligations; il ne servirait à rien de dispenser le dépositaire de la responsabilité de la faute légère si, en vertu de la loi *Aquilia*, le dépositaire coupable de cette faute devait à la fois des dommages et intérêts et une peine (8).

2° Un acte illicite suppose encore un dol ou une faute imputable à l'auteur de cet acte, car personne ne répond du cas fortuit (9). La faute dont on est tenu est la faute légère *in abstracto** (10); pour le motif indiqué ailleurs, une faute très légère qui consisterait dans l'omission des soins du meilleur des pères de famille, n'est pas prise en considération (11).

Tels sont les caractères de l'acte illicite. Pour que le délit dont il s'agit ici existe, il faut :

3° Un dommage causé par l'acte illicite.

Si putator (12) ex arbore ramum cum dejiceret vel machinarius (13) hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is (14) in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi : culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum

(7) Arg. D. *h. t.*, L. 27, § 29.

(8) Voyez en ce sens Unterholzner, cité, II, § 675, 2°, et note g, Thibaut, I, § 553, C i. f., Pernice, cité, n° 7, p. 78-93, et Namur, II, § 342, 11. Contra Hasse, *Culpa*, § 36-37, Gœschen, II (2), § 592, 2°, Mühlenbruch, II, § 353 initio, Vangerow, III, § 681, *Anm.* 3, n° II, Maynz, II, § 271, Observation, et Windscheid, II, § 455, note 12 i. f. — (9) I. *h. t.*, § 3 et 14 initio; D. *h. t.*, L. 5, § 1 initio.

(10) D. *h. t.*, L. 31, v[is] culpam autem........ provisum. Applications : D. *h. t.*, L. 9, § 4, L. 10, L. 11, pr., L. 27, § 9, et 33, L. 29, § 3-4.

(11) *Non obstat* D. *h. t.*, L. 44, pr. Cf. ci-dessus T. I, § 88 i. f.

(12) Un ouvrier qui taille les arbres.

(13) Un ouvrier qui travaille sur un échafaudage. — (14) *Scilicet ramus.*

evitari non possit... Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit praetereuntem : nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit (D. *h. t.*, L. 31). Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla invenitur : nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur (I. *h. t.*, § 3).

Si ex plostro lapis ceciderit et quid ruperit vel fregerit, Aquiliae actione plostrarium teneri placet, si male lapides composuit et ideo lapsi sunt (D. *h. t.*, L. 27, § 33).

Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum (D. *h. t.*, L. 29, § 3).

§ 492. *Effets du dommage illicite.*

1° L'auteur d'un dommage illicite doit le réparer (1) et payer en outre, à titre de peine, la plus-value que peut avoir présentée la chose endommagée dans le mois antérieur au délit (2). S'il s'agit d'esclaves ou de bestiaux tués, la peine est de la plus-value de l'esclave ou des bestiaux dans l'année antérieure (3). Au total, l'auteur du dommage doit payer la plus haute valeur de la chose endommagée dans le mois ou dans l'année qui précède le délit (4). En ce qui concerne les dommages et intérêts, il est indifférent que le préjudice soit direct ou indirect (5), intrinsèque ou extrinsèque (6), positif (*damnum emergens**) ou négatif (*lucrum cessans**) (6); toutes ces distinctions doivent être repoussées, comme à l'occasion des

(1) D. *h. t.*, L. 21, § 2. — (2) D. *h. t.*, L. 27, § 5. — (3) I. *h. t.*, pr.
(4) D. *h. t.*, L. 27, § 5; I. *h. t.*, pr. — (5) I. *h. t.*, § 10. — (6) § 10 i. f., cit.

dommages et intérêts dus pour l'inexécution d'une obligation(7). Mais ici également il faut un dommage véritable; au point de vue du dommage négatif, il est nécessaire que le gain fût vraisemblable dans l'ordre naturel des choses; on n'a pas égard à des bénéfices hypothétiques; ceux-ci, faute de pouvoir être prouvés, doivent être considérés en droit comme n'existant pas. Si des filets de pêche ont été détruits par la faute d'autrui, aucune indemnité n'est due pour le poisson qu'on aurait pu prendre à l'aide des filets(8). Dans le cas où un homme libre a été blessé, il a droit à une indemnité pour frais de maladie et pour perte de travail(9) et, à son décès, il transmet son droit à ses héritiers(10). Il faut aussi un dommage véritablement causé par l'acte illicite; il doit y avoir un lien de *causalité* entre cet acte et la perte subie; si en réalité la perte a une cause autre que l'acte illicite, elle n'a rien de commun avec ce dernier. Je blesse par imprudence l'animal d'autrui; plus tard celui-ci est tué par un tiers ou par suite d'un accident; je ne suis tenu que du chef de la blessure(11). Conformément au droit commun, la partie lésée doit établir le fondement de son action, donc le fait matériellement contraire à son droit, la faute de l'auteur du fait et le dommage causé par l'acte illicite(12). — Dans l'évaluation des dommages et intérêts, le juge doit avoir égard au dommage concret éprouvé par la partie lésée, mais non à un simple intérêt d'affection(13); l'affection, qui est de nature morale, n'admet point d'estimation pécuniaire(14).

2° Les dommages et intérêts et la peine dont il vient d'être question, sont poursuivis par une seule action, par l'action Aquilienne, *actio legis Aquiliae;* celle-ci est donc une action mixte(15).

(7) Cf. ci-dessus T. II, § 298 initio. — (8) D. *h. t.*, L. 29, § 3 i. f.

(9) D. *h. t.*, L. 7, pr., donc aussi pour perte de travail résultant d'une mort anticipée.

(10) A raison de l'impossibilité d'une estimation pécuniaire, aucune indemnité n'est due pour douleurs ou pour beauté perdue (Arg. D. 9, 3, *de his, qui effud. v. dejec.*, L. 7 i. f.). — (11) D. *h. t.*, L. 11, § 3, L. 15, § 1 initio, L. 30, § 4 i. f. (§ 4).

(12) Arg. C. 2, 1, *de edendo*, L. 4. Cf. le § 491. — (13) D. *h. t.*, L. 33, pr.

(14) Cf. ci-dessus T. II, § 298 i. f.

(15) I. 4, 6, *de action.*, § 19, v^{is} Sed et legis Aquiliae……. divisionem.

Elle appartient au propriétaire de la chose endommagée [16], à ceux qui ont un droit réel sur cette chose [17], au possesseur de bonne foi [18] ainsi qu'à l'homme libre blessé par la faute d'autrui [19].

Circa retia piscatorum, in quae navis inciderat, ..si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni injuria [20] agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sint, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur (D. *h. t.*, L. 29, § 3).

Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso (D. *h. t.*, L. 30, § 4 i. f. (§ 4)).

Qua actione (*scil. legis Aquiliae*) patrem consecuturum ait (*Julianus*), quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro ejus curatione fecerit (D. *h. t.*, L. 7, pr.). Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem : directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur (D. *h. t.*, L. 13, pr.).

Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret (D. *h. t.*, L. 33, pr.).

SECTION V. — DE L'INJURE.

I. 4, 4, *de injuriis*. — D. 47, 10, *de injuriis et famosis libellis*. — C. 9, 35, *de injuriis*.

WEBER, *Ueber Injurien und Schmähschriften*, Leipzig, 1820, 4e édition.

IHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. und deuts. Privatrechts* III, p. 233-408, Iéna, 1886. Traduit en français par de Meulenaere, Paris, 1888.

§ 493. *Notion et conditions.*

L'injure (*injuria*) est un acte illicite par lequel on lèse d'une manière méprisante le droit d'autrui [1]. Le mot *injuria* est pris ici

(16) D. *h. t.*, L. 11, § 6. — (17) Comme action utile (D. *h. t.*, L. 11, § 10).

(18) Comme action *in factum* (D. *h. t.*, L. 11, § 8).

(19) Comme action utile (D. *h. t.*, L. 13, pr.).

(20) Sous-entendez ' dati ' : du chef de dommage illicite.

(1) Cf. I. *h. t.*, pr. initio.

dans le sens étroit; dans l'acception large, il désigne tout acte illicite (2). Ce qui caractérise l'injure, c'est l'intention méprisante de son auteur; celui-ci sait pertinemment qu'il lèse le droit d'autrui et néanmoins il entend le fouler aux pieds (3); si l'auteur de l'acte illicite croit avoir le droit de faire ce qu'il fait, sa bonne foi exclut l'injure (4). L'injure ne suppose donc nullement une atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne (5); la lésion d'un droit quelconque constitue une injure, si elle a été commise avec mépris du droit d'autrui (6). L'injure peut se commettre par des faits matériels (7), par la parole (8) ou par l'écriture (9). Nous pouvons être injuriés dans notre propre personne ou dans la personne de ceux qui nous touchent de près (10); les héritiers peuvent l'être dans la personne de leur auteur (11).

§ 494. *Effets de l'injure.*

La loi des Douze tables édictait en règle générale contre l'injure la peine uniforme et modique de 25 as (environ 2 1/2 fr.) (1); mais ce système tomba en désuétude sous l'empire (2). En vertu du droit prétorien, il fut permis à l'injurié de réclamer une réparation pécuniaire proportionnée à l'injure; le juge la fixe librement dans chaque cas particulier, après une estimation préalable de la part de l'injurié (3). L'action ouverte à cette fin est l'action d'injures (*actio injuriarum*).

1° C'est une action pénale (4); la somme d'argent dont elle poursuit le payement, constitue une peine plutôt qu'une indemnité

§ 493—(2) Pr. initio, cit.

(3) I. *h. t.*, pr. initio et § 1 initio; D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 12, L. 15, § 5. Voyez la dissertation précitée d'Ihering.

(4) D. *h. t.*, L. 3, § 2 et 4. Voyez encore L. 3 cit., § 3. — (5) Cf. I. *h. t.*, § 1.

(6) § 1 cit.; D. *h. t.*, L. 13, § 7, L. 23.

(7) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio, L. 13, § 7, L. 23.

(8) D. *h. t.*, L. 1, § 1. — (9) I. *h. t.*, § 1; D. *h. t.*, L. 15, § 29.

(10) D. *h. t.*, L. 1, § 3, L. 15, § 24. — (11) D. *h. t.*, L. 1, § 4, L. 27.

§ 494—(1) Gaius, III, 223 i. f., cf. 223 initio. — (2) Gaius, III, 224 initio.

(3) I. *h. t.*, § 7, vis Sed postea........

(4) I. 4, 12, *de perpet. et tempor. action.*, § 1 initio.

pour le dommage subi; ce dommage étant d'un ordre moral n'admet pas d'estimation pécuniaire. A raison de son caractère pénal, l'action est intransmissible aux héritiers du coupable (4).

2° L'action d'injures tend à une réparation morale; elle poursuit avant tout la réparation de l'affront fait à l'injurié (5); *vindictam spirat*, elle respire la vengeance. C'est pourquoi elle est incessible (6) et intransmissible aux héritiers de l'injurié (7); la transmission de l'action est ainsi exclue activement et passivement.

CHAPITRE IV. — DES QUASI-DÉLITS.

I. 4, 5, *de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur.*

§ 495. *Notions générales.*

Le quasi-délit est un acte illicite qui ne réunit pas tous les caractères d'un délit. Comme le délit, il peut se commettre par dol ou par faute et il est parfois frappé d'une peine. Mais il lui manque cependant l'un ou l'autre caractère du délit; c'est ainsi que, dans le cas où un dommage est causé aux effets de voyageurs ou de passagers par le délit des gens de l'hôtelier ou du batelier, le patron est tenu en vertu d'un quasi-délit, bien qu'aucune faute ne lui soit imputable (1). Le droit romain distingue encore trois autres quasi-délits (§ 496-498); la responsabilité des maîtres ou commettants et des possesseurs d'animaux a le même caractère (§ 499).

(5) D. 37, 6, *de collat. bon.*, L. 2, § 4; D. *h. t.*, L. 7, § 1, v[is] at in actione injuriarum........ sarciatur. — (6) Arg. D. *h. t.*, L. 28.

(7) I. 4, 12, *de perpet. et tempor. action.*, § 1, v[is] Sed heredibus........ injuriarum actione.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 479 i. f.

§ 496. *Du dejectum vel effusum.*

D. 9, 3, *de his, qui effuderint vel dejecerint.*

Si d'une maison l'on jette ou verse sur la route des choses qui causent un dommage à des personnes ou à des choses se trouvant sur la route, l'habitant de la maison ou de la partie de la maison d'où le jet ou le versement a été fait, est obligé en sa seule qualité d'habitant de payer, d'après les circonstances, des dommages et intérêts ou une peine (1).

§ 497. *Du positum vel suspensum.*

Si quelqu'un pose ou suspend un objet du côté d'une route, de telle sorte que l'objet pourrait tomber et, par sa chute, causer un dommage à des personnes ou à des choses se trouvant sur la route, tout citoyen peut le poursuivre en payement d'une peine, à raison de la simple possibilité du dommage (1).

§ 498. *Du quasi-délit du juge.*

D. 50, 13, *de variis et extraordinariis cognitionibus et si judex litem suam fecisse dicetur.* — C. 7, 49, *de pœna judicis, qui male judicavit...*

Si, par dol ou faute lourde, le juge rend une sentence inique, il est obligé de réparer le dommage que sa sentence a causé à la partie succombante. On dit de lui qu'il fait le procès sien, *litem suam facit,* parce que la sentence tombe à sa charge (1).

§ 499. *De la responsabilité des maîtres ou commettants et des possesseurs d'animaux.*

1° En principe, les maîtres ou commettants ne sont responsables du délit de leurs domestiques ou préposés que si l'on peut leur

§ 496—(1) I. *h. t.*, § 1 initio et i. f.
§ 497—(1) I. *h. t.*, § 1, v^is^ Cui similis........ constituta est actio.
§ 498—(1) I. *h. t.*, pr.

reprocher une faute dans le choix de ces derniers (1). Toutefois, le maître d'un esclave répond de plein droit du délit privé de celui-ci (2); l'esclave n'ayant pas de patrimoine propre, est dans l'impossibilité matérielle de satisfaire aux obligations naissant de son délit; le maître est tenu à sa place comme une sorte de représentant. Si l'esclave a changé de maître depuis le délit, c'est son nouveau maître qui est obligé, car c'est lui qui représente l'esclave; la responsabilité suit l'esclave entre quelques mains qu'il passe (3). Le maître est tenu comme s'il avait commis le délit lui-même; toutes les actions résultant du délit se donnent contre lui (4). Mais il peut se soustraire à sa responsabilité; en abandonnant l'esclave coupable à l'adversaire (5), *noxae dedere vel deditio;* le mot *noxa* désigne l'auteur du délit ou bien le délit lui-même (6); de là le nom d'actions noxales donné aux actions ouvertes contre le maître (7). Il y a ici une obligation dite facultative (8). A l'époque classique, le père de famille était tenu de la même manière des délits privés de ses enfants sous puissance (9); en droit nouveau, cette responsabilité n'existe plus (10).

2° Si, par suite d'un défaut particulier, un animal cause un dommage, le possesseur actuel est obligé de le réparer, à moins qu'il ne préfère abandonner l'animal à la partie lésée (11). Il est soumis de ce chef à une action noxale (12), appelée *actio de pauperie* (13); le mot *pauperies* désigne un dommage non imputable à son auteur matériel (14). L'action *de pauperie* est exclue, si l'animal a causé le dommage en agissant conformément aux habitudes de son espèce, et non par suite d'un défaut particulier (15); tel est le

(1) D. 9, 2, *ad. leg. Aquil.*, L. 27, § 9 initio.

(2) I. 4, 8, D. 9, 4, et C. 3, 41, *de noxalibus actionibus*. — ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg, 1818. — (3) I. *h. t.*, § 5.

(4) I. *h. t.*, pr. et § 4. — (5) I. *h. t.*, pr.

(6) I. *h. t.*, pr. et § 1 initio; D. *h. t.*, L. 4, § 3. — (7) I., D. et C. *h. t.*

(8) Cf. ci-dessus T. II, § 327. — (9) GAIUS, IV, 75 et 77.

(10) I. *h. t.*, § 7. Voyez encore ci-dessus T. II, § 495.

(11) I. 4, 9, et D. 9, 1, *si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*. — D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 12. — (12) I. *h. t.*, pr. — (13) I. *h. t.*, § 1 i. f. — (14) I. *h. t.*, pr. i. f.

(15) Pr. initio, cit.

dommage causé par des animaux sauvages [16], mais, en vertu de la loi *Aquilia*, le possesseur de ces animaux répond d'un défaut de surveillance [17].

Si fornacarius servus [18] coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere [19], si neglegens in eligendis ministeriis [20] fuit [21] (D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 27, § 9).

Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est.. : puta si equus calcitrosus [22] calce percusserit aut bos cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habent : ceterum si naturalis sit feritas, cessat (I. 4, 9, *si quadr. paup. fec. dic.*, pr.).

CHAPITRE V. — DES OBLIGATIONS LÉGALES.

§ 500. *Aperçu.*

En vertu de la loi on est tenu, dans certains cas, de payer des intérêts [1], de fournir caution [2], de prester des aliments [3], de constituer une dot [4] ou de gérer une tutelle ou une curatelle [5]. Mais ces obligations légales se rattachent à d'autres théories; nous examinerons ici quelques espèces qui sont indépendantes de toute autre matière (§ 501-506).

(16) Pr. i. f., cit.
(17) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 5, L. 2, § 1 i. f. Voyez encore I. *h. t.*, § 1.
(18) Un esclave chauffeur de fourneau. — (19) *Id quod interest.*
(20) Domestiques.
(21) Le fermier qui a mal choisi ses domestiques, est aussi soumis à l'action Aquilienne de la part de toute personne lésée par les domestiques.
(22) Qui avait l'habitude de ruer.
(1) Cf. ci-dessus T. II, § 344, 2°. — (2) T. II, § 395. — (3) Cf. ci-après § 540.
(4) § 541. — (5) § 618, 1°.

§ 501. — *De la dénonciation d'un nouvel œuvre.*

D. 39, 1, *de operis novi nuntiatione.*

D'HAUTHUILLE, *Revue des revues de droit* II, p. 97-113, Bruxelles, 1839.
STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam*, § 1-49, Cassel, 1865.
BURCKHARD, *Die operis novi nuntiatio*, Erlangen, 1871 (Continuation du Commentaire de Glück, série des livres 39 et 40, T. I).

La dénonciation d'un nouvel œuvre (*operis novi nuntiatio*) est l'acte en vertu duquel une personne lésée par des ouvrages nouveaux relatifs à une bâtisse s'oppose à ceux-ci, avec cet effet que les travaux doivent être provisoirement suspendus (1). S'ils ne le sont pas, le dénonçant dispose de l'interdit *de opere restituendo* (2) (*interdictum demolitorium**), dans le but de faire rétablir l'état de choses antérieur (2). De son côté le dénonçant doit, aussitôt après la dénonciation, agir au pétitoire, à l'effet de faire reconnaître son droit de s'opposer à l'ouvrage (3); s'il succombe dans cette poursuite, la dénonciation du nouvel œuvre perd son efficacité (4).

§ 502. *De la prohibition et de l'interdit Quod vi aut clam.*

D. 43, 24, *quod vi aut clam.*

STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam*, § 51-69, Cassel, 1865.

1° Si quelqu'un élève sur un fonds un ouvrage quelconque qui soit nuisible au voisin, celui-ci a le droit d'y faire opposition, avec cet effet que les travaux doivent être provisoirement suspendus (1); dans le cas où ils sont continués, l'on peut recourir à l'interdit *Quod vi* pour faire rétablir l'état de choses antérieur (2). L'auteur de l'ouvrage ne peut le continuer qu'en agissant lui-même au possessoire (3) ou au pétitoire (4); c'est là un

§ 501—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. initio. — (2) D. *h. t.*, L. 1, § 7.
(3) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 6. — (4) Voyez encore D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f., et L. 16.
§ 502—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr., § 1-2. — (2) D. *h. t.*, L. 1, pr., § 1-2, L. 15, § 7.
(3) D. 43, 17, *uti possid.*, L. 3, § 2. — (4) D. 39, 1, *de oper. novi nunt.*, L. 5, § 10.

avantage marqué de la prohibition sur la dénonciation du nouvel œuvre(4).

2° Si aucune opposition n'a été faite à l'ouvrage, mais que celui-ci ait été élevé clandestinement dans la crainte d'une défense, on dispose de l'interdit *Quod clam* en rétablissement de l'ancien état des choses(5).

L'interdit *Quod vi aut clam* comprend donc deux interdits.

§ 503. *Du dommage causé par la chose d'autrui.*

D. 39, 2 *de damno infecto.*

HESSE, *Die Cautio damni infecti*, Leipzig, 1841, 2de édition, et *Das Rechtsverhältniss zwischen Grundstücksnachbarn*, § 1-19, Iéna, 1880, 2de édition.
BURCKHARD, *Die cautio damni infecti*, Erlangen, 1875 (Continuation du commentaire de Glück, série des livres 39 et 40, T. II).

Il a été question précédemment du dommage causé par les animaux d'autrui(1). En ce qui concerne le préjudice causé par des choses inanimées, en principe l'on peut seulement recourir à l'action Aquilienne, si une faute est imputable à leur propriétaire, ou bien exercer un droit de rétention sur la chose d'autrui jusqu'à ce que l'on ait été indemnisé(2). Toutefois, il existe une responsabilité spéciale en ce qui concerne les bâtiments(3); à cet égard deux hypothèses peuvent se présenter.

1° *Le bâtiment du voisin menace simplement ruine.* Tout intéressé a le droit d'exiger d'avance du voisin la promesse de réparer le dommage qui pourrait résulter de la chute du bâtiment(4). Cette promesse s'appelle *cautio damni infecti; infectum* vient de *in* négatif et de *factum;* ici le *damnum infectum* désigne un préjudice imminent(5). La caution peut être exigée du propriétaire(6), du possesseur de bonne foi(7) et de celui qui a un droit réel sur le bâtiment(8); dans le dernier cas, la promesse doit être garantie par un fidéjus-

§ 502—(5) D. *h. t.*, L. 3, § 7-8, L. 4.
§ 503—(1) T. II, § 499, 2°. — (2) D. *h. t.*, L. 9, § 3.
(3) Voyez encore D. *h. t.*, L. 15, § 3, L. 24, § 2 et 9.
(4) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio, L. 19, § 1. — (5) D. *h. t.*, L. 2.
(6) D. *h. t.*, L. 9, § 4. — (7) D. *h. t.*, L. 13, pr. — (8) D. *h. t.*, L. 9, § 4-5.

seur(9). Grâce à la caution, lorsque le bâtiment s'écroule plus tard, le stipulant obtient des dommages et intérêts par l'*actio ex stipulatu*(10). Si la caution n'est pas fournie, le magistrat accorde successivement à l'ayant droit un premier envoi en possession(11) avec un droit d'hypothèque sur le bâtiment menaçant ruine(12), et un second envoi en possession(13) qui confère tous les droits du voisin sur le bâtiment(14).

2° *Le bâtiment du voisin s'est déjà écroulé.* Si avant l'écroulement la *cautio damni infecti* n'a pas été réclamée, mais qu'on ait été empêché par un juste motif de la demander, le voisin est obligé de fournir une caution pour le préjudice déjà causé ou bien d'abandonner l'immeuble lui-même sur lequel s'élevait le bâtiment(15).

§ 504. *De l'obligation d'exhiber.*

D. 10, 4, et C. 3, 42, *ad exhibendum.*

DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht*, Gratz, 1872.

1° L'obligation d'exhiber, qui se poursuit par l'action *ad exhibendum*(1) et par divers interdits particuliers(2), suppose avant tout que l'on ait un droit à exercer par rapport à une chose(3); un simple intérêt à l'exhibition est insuffisant(4).

2° Il faut ensuite qu'on ait intérêt à la représentation de la chose en vue de l'exercice du droit(5). Par exemple, deux choses ont été léguées alternativement et le légataire doit faire son choix; il désire les voir à cette fin, il en réclamera l'exhibition(6). Ou bien le propriétaire d'une chose en a acquis une autre par

(9) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio, L. 9, § 4-5, cf. L. 13, pr. — (10) D. *h. t.*, L. 28, L. 29.
(11) D. *h. t.*, L. 4, § 1. — (12) Cf. ci-dessus T. I, § 35, 2°.
(13) D. *h. t.*, L. 4, § 4. — (14) D. *h. t.*, L. 44, § 1 initio, L. 15, § 26.
(15) D. *h. t.*, L. 9, pr.
(1) D. *h. t.*, L. 1.
(2) I. 4, 15, *de interd.*, § 1, v^is Exhibitoria sunt........ ejus sunt; D. *h. t.*, L. 3, § 8; D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 2. — (3) Ou une personne. — (4) D. *h. t.*, L. 19.
(5) D. *h. t.*, L. 3, § 9. — (6) D. *h. t.*, L. 3, § 6.

accession et l'ancien maître de la chose accessoire veut en recouvrer la propriété et la revendiquer; il en demandera la séparation par l'action *ad exhibendum*[7]. Cette action sert ainsi à en préparer une autre et surtout la revendication[8]. Parfois cependant elle devient une action principale et notamment, si l'exhibition n'a pas lieu par suite de la faute du défendeur, celui-ci est condamné à des dommages et intérêts[9].

3° L'obligation d'exhiber exige évidemment que l'adversaire ait la possession ou la détention de la chose dont l'exhibition est réclamée[10]. Tout en étant personnelle, les actions exhibitoires sont *in rem scriptae*; elles suivent la chose entre les mains de tout détenteur[11].

§ 505. *De l'obligation de déposer en justice.*

D. 22, 5, et C. 4, 20, *de testibus*.

En général, toute personne citée par l'une des parties[1] est tenue de déposer en justice[2]. Sont dispensés de cette obligation ceux qui sont parents d'une partie à l'un des six premiers degrés ainsi que les enfants de cousins issus de germains[3], les alliés d'une partie en ligne directe[3], son époux[4] ou fiancé[5] et les personnes astreintes au secret à raison de leur profession, s'il s'agit de faits relatifs à celle-ci[6].

(7) Cf. ci-dessus T. I, § 193, 1°.
(8) D. *h. t.*, L. 1, L. 3, § 3-6. — (9) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 3 i. f.
(10) D. *h. t.*, L. 3, § 15, L. 4. — (11) D. *h. t.*, L. 5, pr.
(1) Arg. C. *h. t.*, L. 11, pr. i. f. (L. 11). — (2) C. *h. t.*, L. 16, pr. initio.
(3) D. *h. t.*, L. 4 initio. — (4) Arg. D. *h. t.*, L. 4 initio, L. 5. — (5) L. 5 cit.
(6) D. *h. t.*, L. 25. En sens inverse, quelques personnes ne sont pas admises aux témoignage judiciaire (D. *h. t.*, L. 9, L. 20; Nov. 90, c. 1, pr.).

§ 506. *Des pollicitations obligatoires.*

HERMANN, *De pollicitationibus*, Augsbourg, 1857.

Par dérogation à la règle (1), une pollicitation ou une offre non acceptée est obligatoire :

1° Si elle est faite à l'État ou à une commune, pourvu qu'elle ait une cause légitime (2) ou ait reçu un commencement d'exécution (3).

2° Si elle constitue un vœu, *votum*, c'est-à-dire une promesse faite à la divinité (4).

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 374, I i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 4.
(3) D. *h. t.*, L. 1, § 2-3. — (4) D. *h. t.*, L. 2, pr. initio.

TITRE III.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

I. 3, 29, *quibus modis obligatio tollitur.*
D. 46, 3, et C. 8, 42 (43), *de solutionibus et liberationibus.*

CHAPITRE I. — NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

§ 507. *Division des causes d'extinction des obligations.*

Les obligations s'éteignent *ipso jure* ou *per exceptionem*, selon que la cause d'extinction opère d'elle-même ou qu'elle a besoin d'être opposée par le débiteur (1); le payement et la novation éteignent la dette de plein droit; la compensation et la prescription l'éteignent par voie d'exception. C'est l'application aux obligations d'une division générale des causes d'extinction des droits, à laquelle nous nous référons (2); dans la législation de Justinien, elle présente l'importance assez secondaire qui a été indiquée. Mais, à l'époque de la procédure formulaire, elle en offrait encore une autre. Lorsqu'une obligation quelconque était éteinte de plein droit ou bien lorsqu'une obligation *de bonne foi* était éteinte par voie d'exception, le débiteur pouvait invoquer la cause d'extinction devant le juge indépendamment de toute insertion dans la formule. En effet, dans le premier cas, il n'y

(1) Cf. Gaius, III, 168, et D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 2 initio.
(2) Cf. ci-dessus T. I, § 36, 1°.

avait plus d'obligation ; l'action manquait de fondement, donc le juge devait absoudre le défendeur en vertu de la formule générale. Dans le second cas, le défendeur pouvait invoquer encore d'une façon absolue le fait libératoire devant le juge, car la formule ordonnait à celui-ci d'apprécier le différend d'après les règles de la bonne foi, *ex fide bona* ; or il est contraire à la bonne foi de réclamer le payement d'une dette éteinte par voie d'exception(3). Mais, si une obligation *de droit strict* était seulement éteinte *per exceptionem*, le défendeur ne pouvait opposer devant le juge la cause d'extinction que s'il avait fait insérer l'exception dans la formule(4). En effet, sa dette subsistait d'après la rigueur du droit et, comme la formule ne contenait pas l'ordre de juger *ex fide bona*, le juge ne pouvait avoir égard à une exception du défendeur que si la formule l'y autorisait d'une façon spéciale(5). La chute de la procédure formulaire a fait disparaître cette diversité de règles et, sous Justinien, le défendeur à une action quelconque oppose de la même manière devant le magistrat toutes les causes d'extinction de la dette.

§ 508. *Énumération des principales causes d'extinction des obligations.*

Les obligations s'éteignent par la remise de la dette, par la compensation, par la novation, par la confusion, par la prescription et par le concours de deux causes lucratives (§ 509-522). D'autres causes d'extinction, telles que le payement, la perte accidentelle de la chose due et l'accomplissement d'une condition ou l'expiration d'un terme résolutoire, ont déjà été expliquées(1).

(3) I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio; D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 21 i. f.; D. 18, 5, *de resc. vendit.*, L. 3, v^is^ bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt.

(4) I. 4, 6, *de action.*, § 30, v^is^ Sed et........ inducebatur.

(5) Cf. ci-dessus T. II, § 330, 1°.

(1) T. II, § 285-293, 299, 379, II, B, 2°, et 380, II, 2°.

CHAPITRE II. — DE LA REMISE DE LA DETTE.

§ 509. *Règles générales.*

On peut remettre une dette par convention ou par un legs de libération; nous n'avons à nous occuper ici que de la remise conventionnelle (1). Celle-ci exige le consentement du débiteur; le créancier peut revenir sur la remise tant qu'elle n'a pas été acceptée; l'obligation étant un rapport juridique entre deux personnes, il est naturel qu'elle soit seulement dissoute par leur consentement et non par la volonté unilatérale du créancier (2). D'après le droit romain, pour éteindre l'obligation de plein droit, la remise conventionnelle doit être consentie de la manière dont la dette a été contractée, c'est-à-dire par les mêmes actes conçus en sens contraire (3); si la remise a été faite autrement, la dette est seulement éteinte par voie d'exception. Or les obligations se forment les unes par le seul consentement des parties, ce sont celles qui naissent d'un contrat consensuel, d'un pacte confirmé ou d'un pacte simple; on peut les appeler obligations consensuelles. D'autres se forment par des paroles ou par l'écriture; telles sont l'obligation verbale naissant de la stipulation et les anciens *nomina transcripticia*. D'autres enfin résultent d'un contrat réel, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi.

1° Les obligations consensuelles se formant par le seul consentement des parties se remettent de plein droit de la même manière (4), pourvu que la convention n'ait encore reçu aucune exécution (5) ou que, si elle en a reçu une, l'on rétablisse au préalable l'état de choses antérieur (6). En effet, comme la convention relative à la résiliation est un simple pacte, elle est impuissante à

(1) Cf. ci-après § 744, II. — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 37, 3°.
(3) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 153 initio. — (4) I. *h. t.*, § 4 initio; D. *h. t.*, L. 95, § 4.
(5) I. *h. t.*, § 4.
(6) D. 2, 14, *de pact.*, L. 58, v^is Nec quicquam interest........ praestares.

créer une obligation civile de restituer les prestations effectuées[7].

2° L'obligation verbale naissant de la stipulation se remet de plein droit au moyen d'une stipulation contraire de la part du débiteur; cette stipulation s'appelle àcceptilation[8] (§ 510). De même, les anciens *nomina transcripticia* étaient remis de plein droit lorsque le créancier, avec le consentement du débiteur, inscrivait comme reçue, dans son livre de caisse, la somme d'argent qui faisait l'objet de la dette[9]; c'était une véritable acceptilation littérale. Une simple convention éteignait seulement par voie d'exception les deux sortes d'obligations.

3° Quant aux obligations qui ne sont ni consensuelles, ni verbales, ni littérales, directement il est impossible de les remettre de plein droit par un acte conçu en sens contraire, par exemple de remettre *re* une obligation naissant d'un contrat réel; dès lors, de quelque façon qu'elle ait été faite, la remise éteint seulement la dette par voie d'exception. Mais indirectement la remise opère de plein droit, si l'on convertit au préalable la dette en une obligation verbale par la novation et qu'ensuite on remette cette obligation verbale par l'acceptilation[10]. On peut même éteindre ainsi de plein droit l'ensemble des dettes d'une personne envers une autre, après les avoir ramenées à une seule obligation verbale par une formule de stipulation due à Aquilius Gallus, et appelée stipulation Aquilienne[11].

Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 153.)

Eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur (I. *h. t.*, § 4).

(7) L. 58 cit., v^is^ Illud plane........ — (8) I. *h. t.*, § 1 initio.
(9) Cf. Pline, *Epist.* II, 4. — (10) I. *h. t.*, § 1 i. f. — (11) I. *h. t.*, § 2.

Item per acceptilationem tollitur obligatio... Quo genere ut diximus tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi (I. *h. t.*, § 1).

§ 510. *De l'acceptilation.*

D. 46, 4, *de acceptilatione*. — C. 8, 43 (44), *de acceptilationibus*.

L'acceptilation (*acceptilatio*, d'*acceptum ferre*) est une remise de dette accordée par stipulation sur le fondement d'un payement fictif[1]. Le débiteur y demande au créancier s'il a été payé, et celui-ci répond affirmativement; *Habesne acceptum quod tibi promisi? — Habeo*[2]. L'acceptilation est une stipulation renversée; les rôles des parties, tels qu'ils sont fixés dans la stipulation ordinaire, sont intervertis; ici ce n'est pas le créancier qui interroge, c'est le débiteur, parce que l'acte intervient dans son intérêt. L'acceptilation descend de l'ancien payement *per aes et libram*, dont il a été question ailleurs[3]; à l'occasion de ce payement, le créancier après le pesage déclarait le débiteur libéré; on détacha cette déclaration du payement et l'on en fit une convention indépendante. Comme il résulte de ses termes, l'acceptilation est un payement fictif[4]; c'est pourquoi elle n'admet ni condition ni terme[5] et, dans le cas d'une obligation solidaire, l'acceptilation consentie à l'un des débiteurs ou par l'un des créanciers éteint la dette à l'égard de tous les débiteurs ou de tous les créanciers[6], contrairement à la règle générale d'après laquelle les conventions n'ont d'effet qu'entre parties. Appliquée à une obligation verbale, l'acceptilation l'éteint de plein droit[7]; il en est de même si elle se rapporte à une obligation consensuellle, car elle constitue une remise conventionnelle[8]. Mais elle éteint

(1) Cf. I. *h. t.*, § 1 initio. — (2) § 1 initio, cit. — (3) T. II, § 285, 2°.
(4) I. *h. t.*, § 1 initio. — (5) D. *h. t.*, L. 4-5. — (6) D. *h. t.*, L. 16, pr., L. 13, § 12
(7) I. *h. t.*, § 1 initio. — (8) D. 18, 5, *de resc. vendit.*, L. 5, pr.

seulement par voie d'exception les obligations qui ne sont ni verbales ni consensuelles (9).

Est.. acceptilatio imaginaria solutio (I. *h. t.*, § 1).

Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi, qui secum obligantur : nam cum ex duobus pluribusque ejusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est (D. *h. t.*, L. 16, pr.)

§ 511. *De la remise de la dette par simple convention.*

I. La remise d'une dette par simple convention n'exige que le seul consentement des parties. Cette remise peut donc être tacite, par exemple le créancier s'engage à ne pas poursuivre le débiteur en justice (*pactum ne petatur*, *pactum de non petendo**) (1); en renonçant à son action, le créancier veut aussi renoncer à sa créance. Il y a encore remise tacite de dette lorsque le créancier remet au débiteur le titre de créance (2); il se dépouille ainsi de la preuve de son droit et dès lors il doit vouloir renoncer au droit lui-même. Mais la dette subsisterait si le créancier prouvait que le débiteur a obtenu la remise du titre par dol ou violence (3).

II. La remise simplement conventionnelle d'une dette éteint de plein droit les obligations consensuelles (4) et par voie d'exception toutes les autres dettes (5); l'exception dont dispose le débiteur, est une *exceptio doli vel pacti conventi* (6); le dol du créancier consiste à poursuivre une créance à laquelle il a renoncé. Par application des principes généraux sur les conventions, la remise de la dette produit de l'effet entre les parties et leurs héritiers (7), mais

(9) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 9, cbn. avec I. 4, 13, *de except.*, § 3.
(1) I. 4, 13, *de except.*, § 3. — (2) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, § 1.
(3) C. *h. t.*, L. 15. — (4) I. *h. t.*, § 4; D. *h. t.*, L. 95, § 4.
(5) I. 4, 13, *de except.*, § 3. — (6) D, 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2, § 4.
(7) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 8 i. f.

non à l'égard des tiers tels que les codébiteurs ou cocréanciers solidaires des parties; en général, la remise ne profite pas aux premiers (8) et ne nuit pas aux seconds (9). S'il en est autrement de l'acceptilation, c'est qu'elle repose sur un payement fictif (10). La règle énoncée n'est pas absolue :

1° La remise consentie à l'un des débiteurs solidaires peut être invoquée par ses coobligés, s'ils jouissent d'un recours contre le débiteur libéré (11); car autrement la remise ne profiterait pas même à ce dernier; ses coobligés devant payer, il serait soumis à un recours de leur part (12). La remise accordée au débiteur principal profitera donc généralement au fidéjusseur (13), tandis que la remise accordée au fidéjusseur ne libère pas le débiteur principal (14).

2° Les parties sont libres de restreindre les effets de la remise à la personne de l'une d'elles; à vrai dire, il y a alors une simple concession d'un délai de payement jusqu'au décès d'une partie. Ainsi limitée du côté du débiteur, la convention libératoire profite au débiteur et non à ses héritiers (15); limitée à la personne du créancier, elle nuit à celui-ci et non à ses héritiers (16). Mais ces restrictions ne se présument point, car elles dérogent au droit commun; elles supposent une convention spéciale (17). On dit alors que le pacte est *in personam*, tandis qu'en règle générale il est *in rem* (18).

Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis excep tionem placuit (D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, § 1).

Fidejussoris.. conventio nihil proderit reo... Immo nec confidejussoribus proderit (D. *eod.*, L. 23). Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio ? Neratius

(8) D. *eod.*, L. 23 initio. — (9) D. *eod.*, L. 27, pr.
(10) Cf. ci-dessus T. II, § 510 i. f. — (11) D. 2, 14, *de pact.*, L. 21, § 5, L. 25, pr.
(12) D. *eod.*, L. 32 initio. — (13) D. *eod.*, L. 21, § 5 i. f.
(14) D. *eod.*, L. 23 initio. — (15) D. *eod.*, L. 25, § 1. — (16) D. *eod.*, L. 57, § 1.
(17) Arg. D. *eod.*, L. 7, § 8. — (18) L. 7, § 8, cit.



Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere (D. *eod.*, L. 27 pr.).

Debitoris conventio fidejussoribus proficiet (D. *eod.*, L. 21, § 5).

Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait (D. *h. t.*, L. 25, § 1).

CHAPITRE III. — DE LA COMPENSATION.

D. 16, 2, et C. 4, 31, *de compensationibus.*

Brinz, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig, 1849.

Lair, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et le droit français ancien et moderne*, p. 1-56 et 72-94, Paris, 1862.

Desjardins, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, p. 1-162, Paris, 1864.

Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*, Heidelberg, 1868, 2de édition.

Eisele, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin, 1876.

§ 512. *Notion et historique.*

La compensation (*compensatio*) est l'extinction de deux dettes, lorsque, deux personnes étant réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre et de la même chose, l'une invoque sa créance exigible et liquide pour se libérer de sa dette (1). La compensation repose sur l'idée ou la fiction d'un payement réciproque (2) ; le créancier qui réclame le payement, est censé avoir été payé par le défendeur et avoir aussitôt, en acquit de sa propre dette, restitué la chose reçue (3). La compensation a pour but et pour avantage d'éviter ces deux traditions ; comme elles ne modifient en rien la situation des parties, elles sont inutiles (4). La compensation déroge néanmoins à la rigueur du droit ; c'est pourquoi elle ne fut d'abord reconnue que dans certains cas particuliers (5). Mais on admit bientôt que toutes les obligations de bonne foi seraient

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1-2. — (2) Cf. C. *h. t.*, L. 4, v^is pro soluto.
(3) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 76. — (4) D. *h. t.*, L. 3. — (5) Gaius, IV, 64-65.

compensables entre elles, à la condition d'être nées de la même cause, par exemple du même contrat de société (6) ; le défendeur à l'action de bonne foi opposait la compensation au moyen d'une exception de dol, qui ne devait pas être insérée dans la formule (7). En vertu d'un rescrit de Marc-Aurèle, la compensation fut étendue aux obligations de droit strict nées de la même cause ; mais ici le défendeur devait avoir soin de faire insérer une exception de dol dans la formule (8). A la fin de la période classique, on permit de compenser entre elles des dettes qui avaient des causes différentes (9) et, avec le système formulaire, disparut la particularité que présentait la compensation dans les actions de droit strict (10).

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere (D. *h. t.*, L. 1-3).

§ 513. *Conditions de la compensation.*

La compensation exige le concours des conditions suivantes :

1° Le débiteur qui veut compenser, doit avoir une créance valable ; il ne peut compenser avec une créance inexistante telle qu'une créance conditionnelle, ni avec une créance inefficace à raison d'une exception péremptoire appartenant au débiteur (1) ; dans le second cas, comme dans le premier, on n'est pas vraiment créancier (2). Mais on peut opposer en compensation une créance naturelle (3).

2° Les deux dettes qu'il s'agit de compenser, doivent exister entre le demandeur et le défendeur. Si A est poursuivi par B, il ne peut opposer en compensation que ses propres créances contre B,

(6) Gaius, IV, 61-63. — (7) Gaius, IV, 63.
(8) I. 4, 6, *de action.*, § 30, v[is] Sed et........ inducebatur. — (9) Paul, II, 5, § 3.
(10) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 30 i. f.
(1) D. *h. t.*, L. 14. — (2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 112. — (3) D. *h. t.*, L. 6.

et non les créances de X contre B[4] ni ses propres créances contre X[5]; en effet, la compensation se base sur l'idée d'un payement réciproque entre le demandeur et le défendeur. D'après cela, un tuteur actionné en nom propre n'est pas autorisé à compenser au moyen d'une créance du pupille[6]. De même un débiteur principal ne peut compenser à l'aide d'une créance du fidéjusseur contre le demandeur. Mais, en sens inverse, le fidéjusseur peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal[7], car il jouit de toutes les exceptions de ce dernier. Par voie d'analogie, étant donnés deux débiteurs solidaires principaux, celui d'entre eux qui est poursuivi par le créancier, peut opposer en compensation la créance de son coobligé jusqu'à concurrence du recours qu'il a contre lui[8]; en définitive, dans les limites de son recours, il est une simple caution. Il y a plus : si un débiteur solidaire qui est créancier réciproque, oppose la compensation, la dette est éteinte à l'égard de tous ses coobligés, comme s'il y avait eu payement[9].

3° Les deux dettes qu'il s'agit de compenser doivent avoir le même objet[10]; il faut que le défendeur qui veut compenser, puisse payer sa dette à l'aide de la chose due à lui-même par le demandeur. C'est seulement sous cette condition que l'on conçoit le payement réciproque qui sert de base à la compensation. En conséquence sont compensables entre elles les dettes de choses fongibles de même genre, espèce et qualité[10], mais non des dettes qui ont pour objet des corps certains ou des genres différents ou qui portent sur des choses fongibles du même genre, mais d'une autre espèce ou d'une autre qualité[10]. Une différence des quantités dues n'empêche pas la compensation pour la quantité la plus faible[11].

4° La créance que le défendeur oppose en compensation doit être

(4) C. *h. t.*, L. 9. — (5) D. *h. t.*, L. 16, pr. — (6) Arg. D. *h. t.*, L. 23.
(7) D. *h. t.*, L. 4-5. — (8) Arg. L. 4-5 cit., et D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 10.
(9) Arg. D. 20, 4, *qui potiores*, L. 4.
(10) Gaius, IV, 66, vis in conpensationem........ qualitatisque sit.
(11) I. 4, 6, *de action.*, § 39.

exigible[12]; la compensation impliquant un payement réciproque, vouloir compenser au moyen d'une créance à terme, c'est réclamer le payement avant l'échéance. Toutefois, un terme de grâce [13] n'est pas un obstacle à la compensation, car il est accordé par simple humanité à un débiteur, afin de lui permettre de pourvoir à sa libération; or cette libération est trouvée si le débiteur agit du chef d'une créance réciproque [14].

5° La créance opposée en compensation doit être liquide; son existence et son montant doivent être certains ou du moins de nature à pouvoir être vérifiés aussi facilement que la demande originaire [15]. En effet, la compensation opère rétroactivement jusqu'au jour de la coexistence des deux dettes; or il eût été peu naturel d'admettre la libération rétroactive du défendeur à raison d'une créance réciproque complètement incertaine ou plus incertaine que sa dette. Mais, pour écarter la compensation, il ne suffit pas d'une simple contestation de la créance réciproque, sinon il eût toujours dépendu du demandeur d'exclure la compensation. Si le jugement n'admet pas le défendeur à compenser pour défaut de liquidité de sa créance réciproque, celle-ci peut évidemment être poursuivie par voie d'action séparée [16]. Mais, si la compensation a été écartée pour défaut de fondement de la créance réciproque, une action ultérieure du défendeur serait repoussée par l'exception de chose jugée [17].

Enfin 6° la compensation doit avoir été opposée par le défendeur [18]; la coexistence de deux dettes compensables est insuffisante; si le défendeur n'invoque pas la compensation, sa créance réciproque subsiste. La raison en est que la compensation a été admise dans l'intérêt du débiteur, afin de lui permettre de se libérer à l'aide de sa créance réciproque; or chacun est libre de renoncer à un droit établi en sa faveur.

---

(12) D. *h. t.*, L. 7, pr. — (13) Cf. ci-dessus T. II, § 290, 2°, et T. I, § 140, II, 1°.
(14) D. *h. t.*, L. 16, § 1. — (15) D. *h. t.*, L. 14, § 1. — (16) D. *h. t.*, L. 7, § 1 initio.
(17) L. 7, § 1 i. f., cit. — (18) D. 27, 4, *de contr. tut. et utili act.*, L. 1, § 4 initio.

Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt (D. *h. t.*, L. 14).

Ejus, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest (C. *h. t.*, L. 9).

Si quid a fidejussore petetur, aequissimum est eligere fidejussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit (D. *h. t.*, L. 5).

In conpensationem hoc solum vocatur quod ejusdem generis et naturae est : veluti pecunia cum pecunia conpensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino ; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico conpensandum, sed ita si ejusdem naturæ qualitatisque sit (Gaius, IV, 66).

Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat (D. *h. t.*, L. 7, pr.).

Si tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit : sic erit arbitrii ejus, utrum compensare an petere velit sumptus (D. 27, 4, *de contr. tut. et utili actione*, L. 1, § 4).

§ 514. *Effets de la compensation.*

La compensation éteint les deux dettes rétroactivement, à partir du jour où elles ont commencé à coexister commes dettes compensables[(1)] ; dès ce jour, elles sont dépourvues de tout effet[(2)]. C'est que dès ce jour aucun des débiteurs n'était plus vraiment obligé envers l'autre, puisqu'il pouvait repousser la poursuite de l'autre par une exception péremptoire[(3)] ; nos sources expriment cette pensée en disant que la compensation opère *ipso jure*[(4)]. Si les deux dettes sont d'imports différents, la plus faible est seule éteinte d'une manière absolue ; la plus forte ne l'est que jusqu'à concurrence de la plus faible[(5)].

---

(1) C. *h. t.*, L. 4 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 11. — (3) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 66.
(4) D. *h. t.*, L. 21 initio. — (5) C. *h. t.*, L. 4 i. f.

Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique[6] quoad concurrent quantitates (C. *h. t.*, L. 4).

Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas (D. *h. t.*, L. 11).

§ 515. *Des cas où la compensation est exclue.*

Malgré le concours des conditions ordinaires de la compensation celle-ci est exclue :

1° Si quelqu'un est poursuivi en restitution d'une possession acquise *vi*, *clam* ou *precario*[1]; notamment, le défendeur à l'interdit *Unde vi* ne peut compenser sa dette du chef des fruits consommés au moyen d'une créance pécuniaire contre le demandeur. C'est une disposition d'équité; le spolié doit avant tout être rétabli dans sa possession; *spoliatus ante omnia restituendus est**.

2° Si un dépositaire est actionné en restitution de la chose déposée[2], par exemple, la chose déposée ayant péri par sa faute lourde, il doit des dommages et intérêts, tandis qu'il est créancier réciproque d'une somme d'argent. En effet, à raison de la confiance qu'implique le dépôt, le dépositaire a l'obligation absolue et en quelque sorte sacrée de restituer la chose déposée[3].

3° Si quelqu'un est poursuivi en payement d'une dette alimentaire; par sa nature, cette dette exige un payement effectif, sinon elle manquerait son but.

Possessionem.. alienam perperam[4] occupantibus compensatio non datur (C. *h. t.*, L. 14, § 2).

(6) Du moins.

(1) C. *h. t.*, L. 14, § 2. — (2) C. 4, 34, *depos.*, L. 11, pr. (L. 11 initio).

(3) Cf. ci-dessus T. II, § 435, I, 2° i. f., et 437 i. f. — (4) Injustement.

515bis. *Des demandes reconventionnelles.*

Les demandes reconventionnelles (*mutuae petitiones*; *reconventiones**) sont des actions que, dans le cours d'un procès, le défendeur intente réciproquement contre le demandeur et devant le même juge (1). Le défendeur peut ainsi faire valoir devant le même juge une créance réciproque non liquide ou bien d'un import plus élevé que sa dette. S'il prend ce parti, le juge statue en même temps sur les deux actions (2) et compense, le cas échéant, les créances qui ont le même objet (3); le défendeur originaire, reconnu créancier réciproque d'une quantité plus forte, obtiendra pour l'excédent la condamnation de son adversaire (4). Mais cette compensation est dépourvue d'effet rétroactif (5).

CHAPITRE IV. — DE LA NOVATION.

D. 46, 2, et C. 8, 41 (42), *de novationibus et delegationibus.*

von Salpius, *Novation und Delegation nach römischem Recht*, Berlin, 1864.
Salkowski, *Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht*, Leipzig, 1866.
Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, p. 1-228 et 379-480, Paris, 1879.

§ 516. *Notion et espèces.*

La novation (*novatio*, de *novare*, changer (1)) est la substitution d'une obligation à une autre (2). Elle est objective ou subjective, selon qu'elle consiste dans un changement apporté à l'obligation elle-même ou bien aux personnes qui y interviennent. Sous le premier rapport, on peut changer la chose due (3), la cause de la

§ 515bis—(1) Cf. C. 7, 45, *de sent. et interloc.*, L. 14, et ci-dessus T. I, § 117, 1°.
(2) Arg. L. 14 cit. Cf. D. 49, 8, *quae sent. sine appell. resc.*, L. 1, § 4.
(3) Arg. C. 7, 45, *de sent. et interloc.*, L. 14. — (4) L. 14 cit.
(5) Voyez encore Nov. 96, c. 2.
§ 516—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f. — (2) L. 1, pr., cit.
(3) C. *h. t.*, L. 8, pr. initio (L. 8 initio).

dette (vous me devez 1000 as du chef d'un prêt; je stipule de vous ces 1000 as) (4), sa modalité (on rend pure et simple une dette conditionnelle) (5) ou ses accessoires (on rend chirographaire une dette hypothécaire)(5). Sous le second rapport, on peut substituer un débiteur nouveau à l'ancien (6) par la voie d'une *expromissio**; la promesse du nouveau débiteur exclut l'ancien de l'obligation (*expromittere* signifie littéralement promettre quelqu'un dehors, le mettre en dehors de l'obligation par une promesse) (7). On peut aussi substituer un créancier nouveau à l'ancien (8) ou changer à la fois le débiteur et le créancier (9). Ces changements de personnes s'opèrent en général par une délégation (*delegatio*); on appelle ainsi le mandat donné à quelqu'un de s'obliger envers une autre personne; le mandant est le délégant, le mandataire est le délégué, et celui au profit de qui il doit s'obliger, est le délégataire. Lorsqu'il s'agit de remplacer un débiteur par un autre, c'est le débiteur qui délègue un tiers au créancier (délégataire) (9); si l'on veut changer le créancier, c'est le créancier qui délègue le débiteur à un tiers (délégataire) (10). Mais ces délégations produisent seulement une novation sous les conditions qui seront indiquées ci-après (11).

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa (12) ita nova constituatur, ut prior perematur (D. *h. t.*, L. 1, pr.).

§ 517. *Conditions de la novation.*

Les conditions de la novation sont les suivantes :

1° Il faut une ancienne dette valable (1), sinon la novation manque d'objet. Lorsque l'ancienne dette est conditionnelle, la

(4) D. *h. t.*, L. 2. — (5) I. *h. t.*, § 3 i. f. (3). — (6) I. *h. t.*, § 3 initio.
(7) Cf. D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 22. — (8) C. *h. t.*, L. 6.
(9) D. *h. t.*, L. 11, pr. — (10) C. *h. t.*, L. 1 initio. — (11) § 517, 3°.
(12) La cause d'obligation désigne ici l'obligation elle-même.
(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91, § 6, v^is quia neque........ possumus.

condition qui en suspend l'existence, suspend aussi l'existence de la nouvelle obligation (2). Si elle s'accomplit plus tard, la dette ancienne commence à exister et est aussitôt remplacée par la nouvelle (3). Si la condition défaillit, l'ancienne dette est exclue et avec elle la novation. L'obligation qu'il s'agit de nover peut être à terme (4) ou naturelle (5).

2° Il faut une convention qui crée une nouvelle dette valable (6); c'est de l'essence de la novation. Lorsque la nouvelle dette est conditionnelle, *pendente condicione* elle est inexistante (7); si la condition se réalise, la nouvelle obligation arrive à l'existence et éteint aussitôt l'ancienne; si la condition défaillit, la nouvelle dette est exclue et l'ancienne continue d'exister (7). L'ancienne obligation ne devant produire ses effets que si la condition défaillit, le créancier n'a pas le droit d'en exiger le payement *pendente condicione*; il s'est engagé tacitement à ne pas la réclamer pendant cette période (8). La dette nouvelle peut être à terme (9) ou naturelle (10). Comme le nouvel engagement se forme par convention, il exige le consentement des personnes entre lesquelles il doit intervenir; donc, dans le cas d'une novation subjective par changement de débiteur, il faut le consentement du nouveau débiteur et du créancier (11); de même une novation subjective par changement de créancier exige le consentement du nouveau créancier et du débiteur (12). Il en est autrement de la cession de la créance; il n'est pas nécessaire que le débiteur y consente (13), car, à la différence de la novation, la cession ne crée pas une obligation nouvelle à la charge du débiteur, elle se borne à transférer l'ancienne créance sur une autre tête (14). En ce qui concerne la forme de la convention, il faut un contrat verbal par stipu-

(2) D. *h. t.*, L. 14, § 1 initio.
(3) L. 14, § 1, cit., v^is Sed tunc novabit........ transfert. — (4) D. *h. t.*, L. 5 initio.
(5) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio. — (6) L. 1, § 1 i. f., cit.
(7) D. *h. t.*, L. 14, pr. initio; I. *h. t.*, § 3 i. f. (3).
(8) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 83. — (9) D. *h. t.*, L. 5 i. f.
(10) D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f. — (11) Arg. C. *h. t.*, L. 1 initio. — (12) L. 1 initio, cit.
(13) L. 1 i. f., cit. — (14) Cf. ci-dessus T. II, § 348, 3°.

lation[15]; anciennement les *nomina transcripticia* servaient à la même fin[16].

3° Le créancier de l'ancienne dette doit avoir la volonté de nover (*animus novandi*)[17], c'est-à-dire l'intention de renoncer à sa créance; la novation ne se présume point[18]. En effet, toute novation implique de la part du créancier de l'ancienne dette une renonciation à celle-ci et les renonciations ne se présument point[19]. Il s'ensuit que si l'on veut substituer un créancier à un autre, il ne suffit pas du consentement du nouveau créancier et du débiteur; il faut en outre que l'ancien créancier renonce à sa créance[20], et généralement il le fait en déléguant le débiteur à un tiers, qui d'ordinaire est le créancier du délégant[21]. Par contre, on peut substituer un débiteur à un autre sans le consentement de ce dernier et même malgré lui[22], car il n'a aucun intérêt à s'opposer à la novation. Mais, en fait, le débiteur ancien intervient presque toujours dans la novation, en déléguant quelqu'un au créancier[23], et le délégué est régulièrement le débiteur du délégant. Puisque toute novation contient une renonciation à l'ancienne créance, le titulaire de celle-ci doit être capable d'aliéner[24]. — La renonciation dont il s'agit peut d'ailleurs être tacite, c'est-à-dire résulter d'actes qui n'admettent pas d'autre explication raisonnable que celle d'une renonciation; telle est la règle générale en matière de renonciation et elle doit être suivie dans l'espèce[25]. Il y aura novation tacite si les parties changent la chose due (vous me devez 1000 as et, à raison de cette dette, mais sans y renoncer expressément, je stipule de vous une certaine

(15) D. *h. t.*, L. 11, § 1 initio. — (16) Cf. ci-dessus T. II, § 360, I.

(17) D. *h. t.*, L. 22. — (18) C. *h. t.*, L. 8. — (19) Cf. ci-dessus T. I, § 37, 2°.

(20) D. *h. t.*, L. 8, § 5, v^is^ Non tamen........ stipuletur. — (21) Cf. C. *h. t.*, L. 6.

(22) D. *h. t.*, L. 8, § 5, v^is^ liberat autem..........

(23) Cf. D. *h. t.*, L. 11, pr. — (24) D. 46, 3, *de solut.*, L. 15 initio.

(25) *Non obstat* C. *h. t.*, L. 8. Voyez en ce sens Molitor, cité, II, n°s 1037-1040, von Salpius, cité, § 43-44, Gide, cité, p. 153-182, Maynz, II, § 293, 3° et Windscheid, II, § 354, 2°, et note 15. Cf. Ortolan, III, n° 1702. Contra Salkowski, cité, § 8, p. 256-267, Vangerow, III, § 619, Observation sur le texte 3, Demangeat, II, p. 510, Namur, II, § 359, 5°, et Accarias, II, n° 695, 1°.

quantité de blé) ou bien la cause de la dette; des créances ayant pour objet des choses différentes ou naissant de causes différentes n'ont rien de commun entre elles; si le créancier accepte la nouvelle créance comme un équivalent de l'ancienne, il veut évidemment renoncer à celle-ci. Mais, sauf manifestation d'une volonté contraire, il n'y a pas de novation tacite si les parties se bornent à changer les modalités (26) ou les accessoires de l'ancienne dette, ou bien si un tiers promet la même chose que l'ancien débiteur ou si un tiers stipule la même chose que l'ancien créancier (27). — A défaut d'une renonciation expresse ou tacite à l'ancienne créance, celle-ci subsiste à côté de la nouvelle (28). Mais, en principe, les deux créances ne constituent qu'une seule et même obligation; la seconde est une simple modification de la première (29); elles ne peuvent être cumulées et elles sont éteintes par un payement unique (30). En conséquence, si la nouvelle convention est intervenue entre les mêmes personnes, il existera une obligation alternative (31) et, si un nouveau débiteur a promis ou si un nouveau créancier a stipulé, il y aura une obligation solidaire, passive (32) ou active.

Par dérogation aux règles précédentes, la *litis contestatio* opérait, avant Justinien, une novation de plein droit, indépendamment de toute convention et de la volonté de nover; la novation avait lieu en vertu d'un quasi-contrat (33).

Si quod sub condicione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, cum exstiterit condicio : etenim existens condicio primam stipulationem committit commissamque in secundam transfert (34) (D. *h. t.*, L. 14, § 1).

(26) Arg. D. *h. t.*, L. 8, § 1.
(27) Arg. D. *h. t.*, L. 31, § 1, v[is] Secundum quae........
(28) I. *h. t.*, § 3a i. f. (3 i. f.). — (29) Arg. du même texte.
(30) D. *h. t.*, L. 8, § 5 initio. — (31) D. *h. t.*, L. 28. — (32) D. *h. t.*, L. 8, § 5 initio.
(33) Cf. ci-dessus T. I, § 128, II, A. Voyez encore § 139 initio..
(34) Par suite de l'accomplissement de la condition, l'obligation naissant de la

Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit (D. *h. t.*, L. 14, pr.): si defecerit, durat prior obligatio (I. *h. t.*, § 3 i. f. (3)).

Delegatio debiti[35] nisi consentiente et stipulanti promittente debitore jure perfici non potest (C. *h. t.*, L. 1).

Non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur : liberat autem me is qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim (D. *h. t.*, L. 8, § 5).

Nec delegare potest (*scil. pupillus*), quia nec alienare ullam rem potest (D. 46, 3, *de solut.*, L. 15).

§ 518. *Effets de la novation.*

La novation éteint l'ancienne dette de plein droit et crée une obligation nouvelle[1]. L'extinction de l'ancienne dette produit cette conséquence que si un débiteur a été remplacé par un autre, le créancier supporte l'insolvabilité de ce dernier; il n'a pas de recours contre l'ancien[2]. Avec l'obligation ancienne s'éteignent d'ailleurs ses accessoires[3] et, si elle était solidaire, elle est éteinte vis-à-vis des codébiteurs solidaires principaux[4] et des cautions[5] ainsi que des cocréanciers solidaires[6]. Mais en principe les parties peuvent, par une convention spéciale, transférer à la nouvelle obligation les accessoires de l'ancienne[7]. Quant à l'hypothèque, il va de soi qu'il leur est loisible d'établir, en sûreté de la nouvelle obligation, une hypothèque nouvelle, qui se datera du jour de son établissement. Peuvent-elles aussi convenir que l'ancienne hypothèque sera transférée avec sa date à la nouvelle obligation ? Il faut distinguer. Si celui qui contracte la nouvelle dette a lui-même consenti l'hypothèque primitive, rien ne fait

première stipulation arrive à l'existence et est absorbée par l'obligation résultant de la seconde.

(35) La délégation du débiteur à un tiers *animo novandi*.

(1) I. *h. t.*, § 3 initio. — (2) C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f.) — (3) D. *h. t.*, L. 18.
(4) Arg. D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 20. — (5) C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 4.
(6) D. *h. t.*, L. 31, § 1. — (7) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11, § 1.

obstacle au transfert de cette dernière (8); le transfert ne nuit à personne; l'hypothèque transférée continue comme auparavant à l'emporter sur les hypothèques subséquentes. Toutefois, si la nouvelle dette est plus étendue que l'ancienne, le transfert ne vaut que jusqu'à concurrence de celle-ci; pour le surplus, l'hypothèque n'existant pas, il ne peut être question de son transfert (9). Au contraire, dans le cas où l'hypothèque primitive a été consentie par une personne autre que le débiteur de la nouvelle dette, la clause relative au transfert est nulle; elle forme une *res inter alios acta* à l'égard du tiers qui a consenti l'hypothèque primitive. Il en est de même de la clause d'après laquelle la caution de l'ancienne dette sera garante de la nouvelle (10).

Si delegatione facta jure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita debito liberatus sis (C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f.)).

Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt (D. *h. t.*, L. 18).

Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos non ambigitur, si modo in sequenti (11) se non obligaverunt (C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 4).

CHAPITRE V. — DE LA CONFUSION.

La confusion (*confusio*), considérée comme mode d'extinction des obligations, peut intervenir entre le débiteur et le créancier, entre codébiteurs solidaires ou entre cocréanciers solidaires (§ 519-520).

(8) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 12, § 5 initio. — (9) L. 12, § 5 i. f., cit.
(10) C. 8, 40, *de fidej.*, L. 4. — (11) Sous-entendez ' contractu '.

§ 519. *De la confusion entre le débiteur et le créancier.*

1° La confusion entre le débiteur et le créancier est l'extinction d'une dette par la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de créancier (1), par exemple le débiteur devient l'héritier du créancier ou vice versa (2). Le motif de l'extinction est l'impossibilité matérielle de poursuivre le payement d'une dette alors qu'on est à la fois créancier et débiteur; on ne peut demander le payement à soi-même. Aussi la dette subsiste-t-elle si, malgré la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur, un payement est possible. Supposons qu'un héritier qui était créancier ou débiteur du *de cujus*, vende l'hérédité; il conservera sa créance contre l'acheteur (3) ou restera débiteur de ce dernier (4), car un payement peut intervenir entre lui et l'acheteur. De même, si un créancier devient l'héritier du fidéjusseur, il conserve sa créance contre le débiteur principal (5). Mais, quand un créancier devient l'héritier du débiteur principal, il n'a pas le droit de poursuivre le fidéjusseur (6); car, s'il se faisait payer par lui, il devrait aussitôt, comme débiteur principal soumis au recours, lui restituer la chose reçue (7). Par voie d'analogie, quand il y a plusieurs débiteurs solidaires principaux et que le créancier hérite de l'un, l'autre ne doit plus payer que déduction faite du montant du recours auquel est soumis le créancier en qualité de débiteur solidaire (8).

2° La confusion a pour effet d'éteindre la dette de plein droit (9) et avec tous ses accessoires (10). Mais cette extinction n'est totale que si la confusion a le même caractère; si elle n'est que

(1) D. *h. t.*, L. 107 i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 95, § 2 initio.
(3) D. 18, 4, *de hered. v. act. vend.*, L. 2, § 18.
(4) D. *eod.*, L. 20, § 1 cbn. avec le pr.
(5) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 71, pr., v^is Quod si creditor........
(6) D. *eod.*, L. 21, § 3 initio. — (7) Cf. L. 21, § 3 initio, cit.
(8) D. *eod.*, L. 71, pr., v^is Cum altero autem reo......... agere. Voyez encore ci-après § 703, 2°. — (9) Arg. D. *h. t.*, L. 75.
(10) D. 46, 1, *de fidej.*, v^is sed et accessiones........ remaneant.

partielle, en d'autres termes si les qualités de créancier et de débiteur se sont seulement réunies sur la même tête pour une quote-part, la dette est seulement éteinte pour la quote-part correspondante.

Si creditor fidejussori heres fuerit vel fidejussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum (D. 46, 1, *de fidej.*, L. 71, pr.).

Quod si stipulator reum heredem instituerit, omnimodo fidejussoris obligationem peremit, sive civilis sive tantum naturalis in reum fuisset, quoniam quidem nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse (D. *eod.*, L. 21, § 3).

§ 520. *De la confusion entre codébiteurs solidaires ou entre cocréanciers solidaires.*

Cette confusion est la réunion sur la même tête de plusieurs qualités de débiteur solidaire ou de plusieurs qualités de créancier solidaire, par exemple deux débiteurs solidaires ou deux créanciers solidaires héritent l'un de l'autre. Pour en déterminer les effets, il faut distinguer deux cas :

1° Lorsque l'un des liens obligatoires confondus est plus avantageux que l'autre, ce dernier s'éteint; il est devenu sans objet, puisqu'il est compris dans le premier et qu'il existe en la même personne. Par conséquent, si un débiteur *civil* devient l'héritier de son fidéjusseur, le cautionnement s'éteint (1). Au contraire, si un débiteur *naturel* devient l'héritier de son fidéjusseur, c'est le lien de l'obligation principale qui périt comme étant le plus faible; le lien plus avantageux du cautionnement subsiste, mais à titre de lien principal (2).

2° Lorsque les liens obligatoires confondus sont également avantageux — l'un des deux débiteurs solidaires principaux devient l'héritier de l'autre ou bien un créancier solidaire hérite de son

(1) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 5, v^is Generaliter Julianus........ per alteram peremi.
(2) D. *h. t.*, L. 95, § 3, v^is Quod volgo........ liberabitur.

cocréancier solidaire — les deux liens obligatoires subsistent; car il n'existe pas de motif d'admettre l'extinction de l'un plutôt que celle de l'autre (3). Le débiteur solidaire héritier peut donc être poursuivi en nom propre ou en qualité d'héritier et le créancier solidaire héritier a le droit d'agir en nom propre ou à titre d'héritier (4). Mais les liens obligatoires ainsi réunis sur la même tête conservent leur caractère de liens d'obligation solidaire; il n'y a qu'une seule obligation et elle est éteinte par un payement unique(5).

Julianus.. scripsit, si fidejussor heres extiterit ei, pro quo fidejussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fidejussionis liberari,.. quia rei obligatio plenior est (D. 46, 1, *de fidej.*, L. 5).

Quod..totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus dnmtaxat fuit obligatus naturaliter, fidejussor non liberabitur : si civiliter fuit obligatus, fidejussor liberabitur (6) (D. *h. t.*, L. 95, § 3).

Julianus.. scripsit.. reum.. reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest repperiri, quae obligatio quam peremat,.. cum.. duae ejusdem sint potestatis (D. 46, 1, *de fidej.*, L. 5).

CHAPITRE VI. — DE LA PRESCRIPTION; § 521.

La prescription des obligations est l'extinction de celles-ci par l'expiration d'un certain laps de temps à partir de la naissance de l'action. Comme toute autre prescription, elle exige l'expiration d'un certain délai et la continuité; le délai est ordinairement de trente ans et prend cours lors de la naissance de l'action; sous ces divers rapports, nous nous référons à la théorie générale de la prescription extinctive des droits et des actions (1). Mais il importe d'insister ici sur le principe d'après lequel une obligation prescrite

(3) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 5. — (4) Cf. L. 5 cit. — (5) L. 5 cit., v[is] Plane si.......
(6) Leçon de Cujas et de Mommsen.
(1) T. I, § 90-95 et 106.

subsiste comme obligation naturelle. Cette règle très contestée se fonde surtout sur les considérations suivantes. Le débiteur qui a prescrit sa dette, s'est enrichi aux dépens du créancier; l'équité commande qu'il ait l'obligation naturelle de restituer ce dont il s'est enrichi (2). Ensuite, un simple pacte produit une obligation naturelle, qui est perpétuelle; à plus forte raison, un contrat qui a perdu sa force civile, doit-il encore avoir le même effet. Enfin, dans le cas d'une dette hypothécaire, le débiteur est soumis à l'action hypothécaire pendant 40 ans, donc encore 10 ans après la prescription de l'obligation principale; or l'action hypothécaire suppose au moins une dette naturelle; donc une dette de la dernière espèce a survécu à la prescription (3). Quant aux effets de l'obligation naturelle, ils ont été indiqués ailleurs; notamment le débiteur qui a payé une dette prescrite, ne peut répéter (4).

CHAPITRE VII. — DU CONCOURS DE DEUX CAUSES LUCRATIVES; § 522.

L'obligation s'éteint de plein droit par le concours de deux causes lucratives lorsqu'une chose due à quelqu'un à titre gratuit lui est acquise en vertu d'un autre titre gratuit (1). Dans ce cas, le premier titre gratuit n'a plus de raison d'être; son but était de faire avoir la chose gratuitement et ce but a été atteint (2). Les conditions de cette extinction de l'obligation sont les suivantes :

1° Il faut qu'il s'agisse d'une obligation à titre gratuit; une obligation à titre onéreux ne s'éteint jamais si le créancier

§ 521—(2) Cf. ci-dessus T. II, § 329, 3°.

(3) Cf. ci-dessus T. I, § 278, 2°, et 282, 1°. Voyez en ce sens Gœschen, I, § 154, Unterholzner, cité, T. I, § 247, II, et *Gesammte Verjährungslehre* II, § 258, de Savigny, *System* V, § 248-251, et *Obligationen* I, § 11, 1°, Puchta, *Instit.* II, § 208 i. f., *Pand.*, § 92, et *Vorles.* I, § 92, et *Beilage* VI, Demangeat, II, p. 761 et note 8, et Maynz, T. II, § 298, I. Contra Molitor, cité, T. I, nos 33-37, et T. II, nos 1102-1103, Schwanert, *Naturalobligationem*, § 22, Machelard, *Obligations naturelles*, p. 450-501, Massol, *Obligation naturelle*, p. 92-104, Vangerow, I, § 151, *Anm.*, Accarias, II, n° 926, 3°, et Windscheid, I, § 112 initio.

(4) T. II, § 329, 3°.

§ 522—(1) l. 2, 20, *de leg.*, § 6 initio. — (2) Cf. D. 30, *de leg.* 1°, L. 108, § 4 i. f.

acquiert d'une autre manière la chose due (3) ; son but n'en subsiste pas moins.

2° Il faut que le créancier à titre gratuit ait acquis en vertu d'un autre titre *la chose due elle-même* ; sa créance subsiste s'il a acquis une autre chose, fût-ce l'estimation de la chose due (4) ; malgré cette acquisition, la première libéralité conserve sa raison d'être.

3° Le créancier doit avoir acquis la chose à titre gratuit; s'il l'a acquise à titre onéreux, il peut réclamer le prix d'acquisition (5) ; de cette manière seulement le but de la libéralité sera atteint, le créancier aura la chose gratuitement.

4° Le créancier doit avoir acquis pleinement la chose ; s'il ne l'a acquise que d'une façon révocable ou grevée de droits réels, le débiteur doit lui en procurer la propriété irrévocable ou quitte et libre (6) ; dans cette limite, le but de la libéralité subsiste.

Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit : si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat, sin eum habiturus sum ex causis lucrativis duabus (7), tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit (D. 30, *de leg.* 1°, L. 108, § 4).

Si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utram rem an aestimationem ex testamento consecutus est : nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si aestimationem, agere potest (I. 2, 20, *de leg.*, § 6).

Si res aliena legata fuerit et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest : si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse (§ 6 cit.).

(3) L. 108, § 4, cit. — (4) I. 2, 20, *de leg.*, § 6 i. f. — (5) § 6 initio, cit.
(6) D. 30, *de leg.* 1°, L. 82, pr. — (7) Leçon proposée par Mommsen.

TITRE IV.

DE L'INSOLVABILITÉ DU DÉBITEUR.

D. 42, 5, *de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis.*
C. 7, 72, *de bonis auctoritate judicis possidendis seu venumdandis et de separationibus.*

§ 523. *Historique.*

1° L'insolvabilité du débiteur peut donner lieu à une exécution personnelle et à une exécution réelle. La première fut établie par la loi des Douze tables et constitue, dans le droit de Justinien, une simple contrainte par corps; il en a été question précédemment (1). La seconde consiste dans la vente des biens de l'insolvable et affecta successivement deux formes : celle de la *bonorum venditio* et celle de la *distractio bonorum*. — La *bonorum venditio* fut introduite soit par la loi *Poetelia*, qui semble remonter à l'an 313 avant J. C. (2), soit par un préteur Rutilius antérieur à Cicéron (3); en tout cas, ce préteur organisa l'institution (4). La vente se faisait suivant un procédé très simple : on vendait les biens de l'insolvable en bloc et pour un tantième pour cent des dettes (5). Cette vente globale produisait une succession universelle au profit de l'acheteur (6); celui-ci représentait l'insolvable. Il acquérait la propriété bonitaire des

(1) T. I, § 140, I, 1°. — (2) Varron, *de lingua latina* VII, 105 (éd. Müller).
(3) Cf. Gaius, IV, 35 i. f. — (4) Gaius, IV, 35.
(5) Théophile, *Paraphrase des* I. 3, 12, *de succ. subl., quae fiebant per bon. vendit.*, pr. i. f.; Asconius *in Milonianam*, p. 54 (éd. Baiter). — (6) Pr. initio, cit.

biens achetés (7) et disposait d'une revendication utile contre les détenteurs (8), indépendamment d'un interdit acquisitif de la possession (*interdictum possessorium*) (9) ; des actions utiles lui appartenaient aussi contre les débiteurs de l'insolvable (10). D'autre part, il succédait aux dettes de l'insolvable jusqu'à concurrence du tantième pour cent qui constituait le prix de vente; des actions utiles étaient accordées aux créanciers (11). Ce mode de vendre était peu pratique; les biens se vendaient difficilement à leur valeur réelle, d'abord à raison de l'importance que présente souvent la vente de tout un patrimoine, ensuite à cause de l'incertitude du prix; l'acheteur devait payer un tantième pour cent à tous les créanciers et ceux-ci pouvaient être inconnus lors de la vente. — C'est pourquoi un sénatus-consulte du commencement de l'empire décida que les biens d'un débiteur d'un rang supérieur se vendraient en détail et à prix fixe (12) ; on opposa cette vente à la précédente sous le nom de *distractio bonorum* (13). L'on ne tarda pas à permettre aux créanciers d'autres personnes de recourir à la vente en détail, de préférence à la vente globale (14), et celle-ci disparut après Dioclétien (15).

2° Anciennement, les créanciers d'un insolvable avaient l'option entre l'exécution personnelle et la vente des biens (16); mais ils n'avaient pas le droit de cumuler les deux exécutions; en recourant à l'une, ils perdaient le bénéfice de l'autre (17). Dans le nouveau droit romain, la contrainte par corps est subsidiaire à la vente des biens; les créanciers doivent avant tout procéder à cette vente et ne peuvent exercer la contrainte par corps que si le prix de vente ne leur a pas procuré un payement intégral (18).

(7) GAIUS, III, 80 initio. — (8) GAIUS, IV, 35. — (9) GAIUS, IV, 145.

(10) GAIUS, IV, 35.

(11) Cf. GAIUS, III, 81, et THÉOPHILE, *Paraphrase des* I. 3, 12, *de succ. subl.*, pr. i. f. — (12) D. 27, 10, *de cur. fur.*, L. 5. — (13) D. *eod.*, L. 5 i. f., L. 9 initio.

(14) L. 9 initio, cit. — (15) I. 3, 12, *de succ. subl.*, pr.

(16) Cf. loi *Rubria*, c. 22 i. f.

(17) En ce sens PUCHTA, *Instit.* I, § 179, et note *mm*. Contra BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess* II, § 114, et note 30.

(18) Arg. C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 1, L. 8, pr. (L. 8 initio).

3° En vertu d'une loi *Julia*, de César ou d'Auguste, le débiteur malheureux et de bonne foi, peut se soustraire à la contrainte par corps en faisant à ses créanciers la cession de ses biens (19).

§ 524. *Notions générales.*

Il y a lieu à la vente des biens d'un débiteur pour cause d'insolvabilité si le débiteur ayant été condamné ne satisfait pas à la condamnation dans les délais légaux (1) et qu'à raison de l'importance présumée du passif, son insolvabilité paraisse probable, sinon le créancier recourra à la *pignoris capio* ou à la force publique qui le mettra en possession de la chose due (2). Sous les conditions indiquées, les créanciers peuvent demander l'envoi en possession des biens de leur débiteur (3) et, le cas échéant, faire rescinder ses actes frauduleux (4); ils procèdent ensuite à la vente des biens (5) et le produit de la vente se répartit entre eux d'après certaines règles (6); à défaut de payement intégral, ils ont le droit d'exercer la contrainte par corps (7). Ces règles peuvent être modifiées par une cession de biens (8); il existe aussi des dispositions spéciales pour les concordats et les sursis de payement (§ 525-531).

§ 525. *De l'envoi en possession des biens du débiteur.*

1° L'envoi en possession peut être demandé par le créancier qui a obtenu la condamnation du débiteur (1). Il peut aussi l'être par un créancier simplement conditionnel (2), puisque celui-ci a le droit

(19) C. Théod. 4, 20, *qui bon. ex lege Julia ced. poss.*, L. 1.

§ 524—(1) C. 7, 75, *de revoc. his quae per fraud. alien. sunt*, L. 5.

(2) Cf. ci-dessus T. I, § 140, II, 1° et 2°. Voyez encore D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 7, § 1-2, L. 8, et C. *h. t.*, L. 5.

(3) Théophile, *Paraphrase des* I. 3, 12, *de succ. subl.*, pr.

(4) D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 1, pr. et § 1. — (5) C. *h. t.*, L. 9 i. f.

(6) C. *h. t.*, L. 6.

(7) Arg. C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 1, L. 8, pr. (L. 8 initio). — (8) L. 1 cit.

§ 525—(1) Voyez de plus les textes cités à la note 2 du § 524.

(2) D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 6, pr.

de faire des actes conservatoires (3) et que l'envoi en possession est un pareil acte ; mais le créancier conditionnel ne peut procéder à la vente qu'après avoir fait condamner le débiteur *impleta condicione* (4). L'envoi en possession accordé à l'un des créanciers profite aux autres (5).

2° Le créancier envoyé en possession est autorisé à appréhender les biens du débiteur ; il dispose à cette fin de l'interdit *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est* (6). L'appréhension lui procure une hypothèque sur les biens (7). De plus, le débiteur perd le droit de les administrer ; dorénavant tous ses actes d'administration sont frappés de nullité (8), le droit de gérer les biens est transféré aux créanciers (9).

In possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa sit (D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 6, pr.).

Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut,.. qui.. post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus (D. 42, 8, *quae in fraud. cred.*, L. 6, § 7).

(3) Cf. ci-dessus T. II, § 379, II, A, 1° i. f.
(4) Arg. D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 7, § 14.
(5) D. *h. t.*, L. 12, pr.; C. *h. t.*, L. 10, pr.
(6) D. 43, 4, *ne vis fiat ei, qui in poss. miss. er.*, L. 1, pr., § 1-2.
(7) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 26. Cf. ci-dessus T. I, § 35.
(8) D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 6, § 7 i. f.
(9) D. *h. t.*, L. 8, § 1 initio, 2-4.

§ 526. *De la rescision des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers.*

D. 42, 8, *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur.*
C. 7, 75, *de revocandis his quae per fraudem alienata sunt.*

REINHARDT, *Vermischte Aufsätze*, livraison 2, n° 29, Stuttgard, 1823.
REINHART, *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger*, Winterthur, 1871.
SCHŒNEMANN, *Die Paulianische Klage wegen Veräusserungen zahlungsunfähiger Schuldner*, Géra, 1873.
HASENBALG, *Zur Lehre von der Paulianischen Klage*, Berlin, 1874.
OTTO, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner.. zum Nachtheil seiner Gläubiger vornimmt*, Leipzig, 1881.

I. *Conditions de la rescision.* Les créanciers peuvent réclamer la rescision d'un acte de leur débiteur, moyennant le concours des conditions suivantes :

1° L'acte du débiteur doit avoir diminué son patrimoine (1); à défaut d'une diminution de patrimoine, les créanciers sont sans action, parce que leur garantie est demeurée la même; à vrai dire ils ne sont pas lésés. Impliquent une diminution de patrimoine, d'abord toutes les aliénations (2), telles qu'elles ont été définies ailleurs (3), ensuite tous les actes qui produisent des obligations (4), car *bona non intelliguntur, nisi aere alieno deducto** (5). Par contre, le débiteur ne diminue pas son patrimoine s'il renonce à un droit qui ne lui appartient pas encore, bien qu'il puisse l'acquérir (6), par exemple à une hérédité qui lui est déférée (7); un pareil droit n'a jamais appartenu au renonçant et dès lors celui-ci n'a pas diminué son patrimoine, mais seulement négligé une occasion de l'augmenter (8).

2° Le débiteur doit avoir été insolvable au moment de l'acte ou

(1) D. *h. t.*, L. 6, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 1, § 1-2, L. 2 initio, L. 10, § 13.
(3) T. 1, § 71, 1°. — (4) D. *h. t.*, L. 1, § 2 initio, L. 3, pr., L. 6, § 6 i. f.
(5) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39, § 1. — (6) D. *h. t.*, L. 6, pr.
(7) D. *h. t.*, L. 6, § 2.
(8) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28 pr. i. f. Voyez encore D. *h. t.*, L. 6, § 4.

bien celui-ci doit l'avoir rendu insolvable(9). Si le débiteur reste solvable, ses créanciers peuvent encore obtenir un payement intégral et partant ne sont pas lésés.

3° Le débiteur doit avoir eu l'intention de frauder ses créanciers(9); il s'agit en effet de faire rescinder un acte régulier en lui-même, la fraude seule peut justifier la rescision. L'intention frauduleuse existera généralement si, au moment de l'acte, le débiteur savait qu'il était insolvable ou que son insolvabilité devait en résulter(10).

4° S'il s'agit d'un acte à titre onéreux, le tiers avec lequel il a été conclu doit avoir été complice de la fraude du débiteur(11); autrement l'acte ne renferme aucun vice à l'égard du tiers et dès lors sa rescision au préjudice du tiers n'est pas justifiée. Par application de ce principe, si le débiteur paye frauduleusement une dette exigible, le payement est inattaquable(12); le créancier payé n'a commis aucune fraude, il a exercé son droit et sauvegardé ses intérêts(13). Le créancier qui a reçu le payement dans une intention frauduleuse, doit seulement restituer l'escompte(14). — Par contre, les actes à titre gratuit sont rescindables dès qu'il y a eu fraude de la part du débiteur; la complicité du tiers n'est pas requise(15). La position des créanciers est plus favorable que celle du tiers gratifié; les créanciers veulent éviter une perte, tandis que le tiers gratifié veut faire un gain et ce au détriment des créanciers; l'équité commande de donner la préférence à ces derniers(16).

II. *De la rescision elle-même.* Pour obtenir la rescision des actes frauduleux de l'insolvable, les créanciers disposent de l'action Paulienne et de la restitution en entier.

1° L'action Paulienne est une action prétorienne(17); elle emprunta son nom à un préteur qui ne nous est pas connu

(9) Arg. I. 1, 6, *qui ex quib. caus. manum. non poss.*, § 3.
(10) D. *h. t.*, L. 17, § 1. — (11) D. *h. t.*, L. 6, § 8; C. *h. t.*, L. 5.
(12) D. *h. t.*, L. 6, § 7 initio. — (13) D. *h. t.*, L. 6, § 6 initio et 7 initio, L. 24 i. f.
(14) D. *h. t.*, L. 10, § 12. — (15) D. *h. t.*, L. 6, § 11 initio; C. *h. t.*, L. 5.
(16) Cf. D. *h. t.*, L. 6, § 11 initio.
(17) D. *h. t.*, L. 1, pr., cbn. avec D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 4.

d'une manière spéciale, et nullement au célèbre jurisconsulte romain de la fin de la période classique. L'action se donne contre le tiers qui a conclu l'acte frauduleux avec le débiteur (18), mais non contre les tiers acquéreurs subséquents de la chose (19) ; l'action manque de base à leur égard, puisqu'ils sont demeurés étrangers à l'acte frauduleux. La poursuite tend à la rescision de cet acte (20) et au rétablissement de l'état de choses antérieur (21). Toutefois, si le défendeur a conclu l'acte de bonne foi, il est seulement obligé de restituer ce dont il s'est enrichi (22) ; comme on ne peut lui reprocher ni dol ni faute, il n'est pas tenu au delà du profit qu'il a retiré de l'acte. Au reste, en conformité des principes généraux (23), la rescision est sans effet vis-à-vis des tiers acquéreurs ; elle ne révoque pas la propriété du défendeur pour la faire retourner à l'insolvable; elle oblige simplement le défendeur à restituer la chose dans l'état où il l'a reçue (24). Enfin l'action Paulienne se prescrit, à raison de son caractère prétorien, par une année utile (25), en ce sens qu'après l'année elle tend seulement à la restitution du profit que le défendeur a retiré de l'acte frauduleux (26).

2° Les créanciers de l'insolvable jouissent aussi de la restitution en entier contre l'acte frauduleux (27) ; comme elle se base tout au moins sur la fraude de l'insolvable, elle rentre dans la restitution en entier pour cause de dol. Ainsi que toutes les actions de cette espèce (28), elle est une voie de droit subsidiaire ; elle suppose donc que l'action Paulienne est insuffisante pour procurer aux créanciers ce qui leur revient d'après les règles précédentes, et notamment que le tiers soumis à l'action Paulienne a aliéné la chose acquise du débiteur et ne peut, à cause de son insolvabilité, payer les dommages et intérêts dus aux créanciers. Ceux-ci peuvent alors agir par la restitution en entier contre le tiers qui

(18) D. *h. t.*, L. 25, § 1 initio. — (19) D. *h. t.*, L. 9. — (20) D. *h. t.*, L. 1, § 1-2.
(21) D. *h. t.*, L. 10, § 22. — (22) D. *h. t.*, L. 6, § 11 i. f.
(23) Cf. ci-dessus T. I, § 81, IV, 1°. — (24) D. *h. t.*, L. 9 i. f.
(25) D. *h. t.*, L. 1, pr., cf. L. 6, § 14. — (26) D. *h. t.*, L. 10, § 24.
(27) I. 4, 6, *de action.*, § 6. — (28) Cf. ci-dessus T. 1, § 104, 11, C.

a contracté avec l'insolvable et faire rescinder l'aliénation elle-même; la chose aliénée rentre ainsi dans le patrimoine de l'insolvable et partant ses créanciers acquièrent le droit de la revendiquer en son nom contre le tiers détenteur (29).

Pertinet.. edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur (D. *h. t.*, L. 6, pr.). Proinde.. qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat : noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit (D. *h. t.*, L. 6, § 2).

Ignoti juris non est adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta creditoribus esse consultum (C. *h. t.*, L. 5).

Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum (D. *h. t.*, L. 6, § 7); jus civile vigilantibus scriptum est (D. *h. t.*, L. 24).

Is qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit : quaesitum est, an secundus emptor conveniri potest. Sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit (D. *h. t.*, L. 9).

Si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse (I. 4, 6, *de action.*, § 6).

(29) I. 4, 6, *de action.*, § 6.

§ 527. *De la vente des biens du débiteur.*

La vente ne comprend pas les choses qui se trouvent chez le débiteur, si elles appartiennent à un tiers (1) ou si un tiers peut en réclamer la restitution en vertu d'un rapport obligatoire, par exemple à raison d'un bail ou d'un dépôt; dans ce dernier cas, le tiers n'a pas besoin d'établir sa qualité de propriétaire (2). Par un motif d'équité, on exclut encore de la vente les objets de première nécessité (3) et ceux auxquels le débiteur porte un intérêt d'affection (4). La vente se fait, après affiches (5), par un curateur que nomme le magistrat (6), du consentement de la majorité des créanciers (7). Le prix de vente est affecté au payement des dettes (§ 528); le débiteur reste tenu du déficit (8) et peut encore être poursuivi ultérieurement s'il fait de nouvelles acquisitions (9); il encourt l'infamie (10).

§ 528. *De la classification des créanciers.*

Sur le produit de la vente des biens on paye successivement :

1° les créanciers de la masse, et surtout le curateur chargé de la vente (1); les dettes de la masse ayant été contractées dans l'intérêt de tous les créanciers, il est rationnel qu'elles soient payées avant toutes les autres.

2° les créanciers des frais funéraires (2); leur position est plus favorable que celle d'aucun autre créancier proprement dit de l'insolvable.

3° Les créanciers hypothécaires privilégiés, selon le rang de leur privilège respectif (3).

§ 527 — (1) C. 7, 73, *de privil. fisci*, L. 1; D. *h. t.*, L. 24, § 2 i. f.
(2) Arg. L. 24, § 2 i. f., cit. — (3) Arg. D. *h. t.*, L. 29, L. 38, pr.
(4) Mêmes textes. — (5) Gaius, III, 79 initio. Voyez encore Cic., *pro Quintio* 15.
(6) D. 27, 10, *de cur. fur.*, L. 5. — (7) Arg. D. 42, 7, *de cur. bon. dando*, L. 2, pr.
(8) Arg. C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 1. — (9) Arg. I. 4, 6, *de action.*, § 40.
(10) Arg. C. 2, 11 (12), *de caus., ex quib. inf. alic. inrog.*, L. 11.
§ 528 — (1) Arg. D. 42, 7, *de cur. bon. dando*, L. 2, § 1 initio.
(2) Paul, I, 21, § 15. — (3) Nov. 97, c. 3 initio. Cf. ci-dessus T. I, § 272, I i. f.

4° Les créanciers hypothécaires simples, d'après leur rang et surtout d'après la date de leur hypothèque (4).

5° Les créanciers chirographaires privilégiés (5).

6° Les créanciers chirographaires simples, chacun en proportion du montant de sa créance (6), sauf que les créanciers qui ont droit à une peine à raison d'un délit, sont payés en dernier lieu (7), sinon la peine frapperait les créanciers du délinquant.

Et 7° les légataires du chef du testament de l'insolvable (8); ici s'applique l'adage *nemo liberalis nisi liberatus.**

Si universae facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali aut privato absumuntur, nihil ex his, quae testamento ejus adscripta sunt, valere potest (C. 6, 37, *de leg.*, L. 15, pr., (L. 15 initio)).

§ 529. *De la cession de biens.*

D. 42, 3, *de cessione bonorum*. — C. 7, 71, *qui bonis cedere possunt.*

1° La cession de biens (*cessio bonorum*) est un mandat par lequel un débiteur autorise ses créanciers à prendre possession de tous ses biens, afin de les vendre et de se payer sur le prix (1). Le débiteur en retire trois avantages : il se soustrait à la contrainte par corps (2), évite l'infamie attachée à la vente ordinaire des biens (3) et jouit pour l'avenir du bénéfice de compétence (4). La cession de biens n'étant qu'un mandat, les créanciers n'acquièrent pas la propriété des biens abandonnés (5); ils sont tenus de les vendre (6). Tant que la vente n'a pas eu lieu, le débiteur peut révoquer

§ 528 — (4) C. *h. t.*, L. 6, pr. i. f. (L. 6). Cf. ci-dessus T. I, § 272.
(5) Cf. ci-dessus T. II, § 346-347. — (6) C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6 i. f.).
(7) C. 10, 7, *pœn. fiscal. credit. praeferri*, L. un.
(8) C. 6, 37, *de leg.*, L. 15 pr. (L. 15 initio).
§ 529 — (1) Cf. C. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. (L. 4).
(2) C. *h. t.*, L. 1 i. f. cbn. avec l'initium.
(3) C. 2, 11 (12), *de caus., ex quib. inf. alic. inrog.*, L. 11.
(4) D. *h. t.*, L. 4. Cf. ci-dessus T. II, § 288, 2° i. f.
(5) D. *h. t.*, L. 3 initio; C. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. (L. 4). — (6) L. 4, pr. i. f., cit.

le mandat et se faire rendre ses biens (7), sauf le droit des créanciers d'en poursuivre la vente ordinaire s'ils n'ont pas été satisfaits (8).

2° La cession de biens est légale ou conventionnelle. Elle est légale ou imposée aux créanciers par la loi, si le débiteur a été malheureux et de bonne foi, c'est-à-dire si son insolvabilité est due à des circonstances qui ne lui sont pas imputables (9). Elle est conventionnelle si elle résulte d'un arrangement intervenu entre le débiteur et ses créanciers (10); elle peut permettre au débiteur de garder certains de ses biens.

In eo.. hoc beneficium.. prodest, ne judicati detrahantur in carcerem (C. *h. t.*, L. 1).

Is, qui bonis cessit, ante rerum venditionem utique (11) bonis suis non caret (D. *h. t.*, L. 3). Quem poenitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi, ne bona ejus veneant (D. *h. t.*, L. 5).

§ 530. *Des concordats.*

Dans le but de faire accepter une hérédité par la personne qui y est appelée, les créanciers héréditaires représentant plus de la moitié des créances peuvent lui accorder une réduction proportionnelle des dettes héréditaires, de manière à lier la minorité (1). Mais le concordat doit être homologué par le magistrat (2).

§ 531. *Des sursis de payement.*

Pour permettre à un débiteur de rétablir ses affaires et de payer ses dettes, les créanciers héréditaires représentant plus de la moitié des créances peuvent lui accorder un sursis de payement, de cinq années au plus, avec cet effet que la minorité doit respecter le sursis (1).

(7) D. *h. t.*, L. 5. — (8) Arg. C. *h. t.*, L. 2.
(9) C. Théod. 4, 20, *qui bon. ex lege Julia ced. poss.*, L. 1; Nov. 135, praef. i. f.
(10) Cf. *lex Julia municipalis*, lignes 114-115. — (11) Certainement.
§ 530—(1) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 19, L. 8 initio, L. 9, § 1-2. — (2) L. 7, § 19 i. f., cit.
§ 531—(1) C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 8, pr., § 1-3 (L. 8).

LIVRE QUATRIÈME.

DES DROITS DE FAMILLE.

RIVIER, *Précis du droit de famille romain*, Paris, 1891.

TITRE I.

DU MARIAGE.

I. 1, 10, *de nuptiis*. — D. 23, 2, *de ritu nuptiarum*. — C. 5, 4, *de nuptiis*.

ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgard, 1853.

§ 532. *Notion et divisions du mariage*.

1° Le mariage (*nuptiae*, *matrimonium*) est l'union de l'homme et de la femme, en vue d'établir une communauté d'existence (1). Ainsi le mariage se caractérise comme une communauté d'existence entre deux personnes de sexe différent (2) ; ce caractère explique tous les effets du mariage. Mais à Rome la communauté était réduite aux rapports personnels, elle n'affectait pas les biens des époux (3).

(1) I. 1, 9, *de patr. pot.*, § 1.

(2) D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 1, v^is societas vitae. — (3) Cf. ci-après § 542.

2° Dans l'ancien droit romain, le mariage était civil (*justae nuptiae*, *justum matrimonium*) et naturel ou du droit des gens, selon que les époux jouissaient ou non du *conubium* (4); celui-ci était précisément la faculté de contracter un mariage civil (5); or, comme les étrangers étaient en principe dépourvus du *conubium* (6), le mariage naturel était l'union entre étrangers. Le mariage civil produisait des effets aussi complets que possible; les enfants qui en étaient issus, étaient légitimes et tombaient sous la puissance paternelle (7); le mariage pouvait être accompagné d'une constitution de dot (8) et l'époux survivant succédait ab intestat à son conjoint par la *bonorum possessio unde vir et uxor* (9). Le mariage naturel était une union valable (10) et surtout les enfants procréés par les époux étaient légitimes (11). Mais les effets civils du mariage étaient exclus : pas de puissance paternelle (12), les enfants suivaient la condition de leur mère (13); pas de dot (14) ni de *bonorum possessio unde vir et uxor* (15). — Le mariage civil était libre ou contracté avec *manus*; dans le dernier cas, le *manus* produisait des effets propres, indépendamment de ceux du mariage civil; il en sera question ailleurs (16). — Sous Justinien, la *manus* a disparu et le mariage naturel s'est confondu avec le mariage civil; toute union valable constitue maintenant un mariage civil et produit les effets de celui-ci (17).

Matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam (18) consuetudinem vitae continens (I. 1, 9, *de patr. pot.*, § 1).

(4) Ulpien, V, 2 initio. — (5) Ulpien, V, 3. — (6) Ulpien, V, 4.
(7) I. 1, 9, *de patr. pot.*, pr. — (8) Cf. ci-après § 543-553.
(9) D. 38, 11, *unde vir et uxor*, L. un., pr. initio. Cf. ci-après § 680, 1° initio.
(10) Arg. *Collatio* IV, 5. — (11) Arg. D. 2, 4, *de in jus voc.*, L. 5 i. f.
(12) Arg. Gaius, I, 56, et Ulpien, X, 3. — (13) Ulpien, V, 8 initio.
(14) Cornutus, *in Persii Sat.* II, v. 14.
(15) D. 38, 11, *unde vir et uxor*, L. un., pr. — (16) § 612, 1°.
(17) Arg. C. 5, 17, *de repud.*, L. 1 initio.
(18) Absolu. Il faut se garder de traduire le mot *individua* par *indissoluble*; c. ci-après § 559-560.

§ 533. *Des fiançailles.*

D. 23, 1, et C. 5, 1, *de sponsalibus.*

1° Les fiançailles (*sponsalia*) sont la promesse réciproque de l'homme et de la femme de s'unir par le mariage (1). Leur validité suppose d'abord la possibilité (2), actuelle ou future (3), d'un mariage entre les fiancés, puis le consentement de ceux-ci (4) et des personnes appelées à consentir au mariage (5).

2° Directement les fiançailles n'obligent pas les futurs; chaque partie est libre de s'en désister par sa seule volonté; le mariage obligatoire entre fiancés eût été une immoralité (6). Pour le même motif est frappée de nullité la promesse d'un fiancé de payer une peine pour le cas où il refuserait de contracter mariage (7), car cette promesse tend à le contraindre à se marier (8). Toutefois, les fiançailles produisent certains effets indirects et notamment l'injure faite à la future atteint le fiancé, qui peut intenter l'action d'injures en nom propre (9).

Alii desponsata renuntiare condicioni ac nubere alii non prohibetur (C. *h. t.*, L. 1).

Si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat (D. 351, *de condic.*, L. 71, § 1), quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 134, pr. i. f.).

(1) D. *h. t.*, L. 1. — (2) D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 60, § 5 i. f.
(3) D. *h. t.*, L. 14. — (4) D. *h. t.*, L. 11 initio.
(5) D. *h. t.*, L. 7, § 1 initio. Cf. ci-après § 534, 3°. — (6) C. *h. t.*, L 1.
(7) D. 35, 1, *de condic.*, L. 71, § 1. — (8) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 134, pr. i. f.
(9) D. 47, 10, *de injur.*, L. 15, § 24.

CHAPITRE I. — DES CONDITIONS DU MARIAGE.

§ 534. *Conditions générales.*

1° Les époux doivent être pubères[1].

2° Ils doivent consentir au mariage[2], c'est-à-dire avoir la volonté de vivre actuellement en commun[3]; cette volonté n'existe pas encore lors des fiançailles, mais elle ne suppose pas la cohabitation. Dans l'ancienne Rome, le mariage était parfait par le seul consentement des parties; il n'exigeait aucune formalité[4]. A la vérité, il était d'usage de conduire solennellement la future au domicile conjugal et d'y procéder à des cérémonies religieuses (*in domum deductio*)[5]; mais cette solennité n'était pas obligatoire[6]. Quant aux formalités du mariage avec *manus*[7], elles concernaient la *manus* et non le mariage. Justinien exigea en général pour la validité du mariage que les époux fissent une déclaration à l'église[8]. — L'erreur, le dol, la violence et la simulation exercent la même influence sur le mariage que sur les autres conventions[9]. L'erreur le rend inexistant, si elle porte sur l'individualité même du conjoint; elle est indifférente, si elle concerne simplement une qualité physique ou morale. La violence physique et la simulation[10] excluent le mariage. La violence morale[11] et le dol permettent d'en demander la rescision.

3° L'homme ou la femme sous puissance, quel que soit son âge, a besoin du consentement de son père de famille[12] et la *femme sui juris*, si elle est encore mineure, doit se procurer le consentement de son père et, en cas de décès du père, celui de sa mère et de ses proches[13]. Si ces personnes refusent de consentir sans juste motif[14] ou bien si elles sont atteintes d'aliénation

(1) I. *h. t.*, pr. initio. Cf. ci-dessus T. I, § 43 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 2.
(3) Cf. C. 5, 17, *de repud.*, L. 11, pr. — (4) C. *h. t.*, L. 22. — (5) D. *h. t.*, L. 5.
(6) C. *h. t.*, L. 22. — (7) Cf. ci-après § 611. — (8) Nov. 74, c. 4.
(9) Cf. ci-dessus T. II, § 375, 376, III, 377, II, et 378. — (10) D. *h. t.*, L. 30.
(11) Cf. D. *h. t.*, L. 22. — (12) I. *h. t.*, pr. initio.
(13) C. *h. t.*, L. 20, pr. (L. 20 initio). — (14) D. *h. t.*, L. 19.

mentale[15] ou absentes[16], le mariage peut être autorisé en justice.

Simulatae nuptiae nullius momenti sunt (D. *h. t.*, L. 30).

Capite trigesimo quinto legis Juliae qui liberos quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere,.. per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare (D. *h. t.*, L. 19).

§ 535. *Empêchements de mariage.*

Malgré la réunion des conditions prémentionnées, certaines causes peuvent former obstacle au mariage ; ce sont les empêchements de mariage proprement dits. Le principal empêchement résulte de la parenté et de l'alliance; le mariage est prohibé de ce chef :

1° Entre tous parents[1] ou alliés[2] en ligne directe,

2° Entre frères et sœurs[3], entre une personne et un descendant de son frère ou de sa sœur[4] et entre beaux-frères et belles-sœurs[5].

Ces empêchements s'appliquent même à la parenté illégitime[6] et à la parenté adoptive[7], ainsi qu'à l'alliance fondée sur l'un ou l'autre parenté[8].

§ 536. *Du mariage qui ne réunit pas les conditions requises.*

Le mariage qui ne réunit pas les conditions générales requises pour sa validité ou qui est contracté malgré un empêchement, est inexistant ; il n'y a pas de mariage[1]. Pour employer une expression moderne, le droit romain ne connaît que des empêchements diri-

(15) I. *h. t.*, pr. i. f. — (16) D. *h. t.*, L. 10.

§ 535 — (1) I. *h. t.*, § 1 initio. — (2) I. *h. t.*, § 6-7. — (3) I. *h. t.*, § 2 initio.

(4) I. *h. t.*, § 3 initio et 5. — (5) C. 5, 5, *de inc. et inut. nupt.*, L. 5.

(6) I. *h. t.*, § 10.

(7) I. *h. t.*, § 1, v^is Et haec adeo...... jungi, et § 2, v^is Sed si qua........ non possunt, et § 5, cf. § 1 i. f. et 2 i. f. — (8) D. *h. t.*, L. 14, pr. et § 1.

§ 536 — (1) I. *h. t.*, § 12 initio.

mants, produisant la nullité du mariage, et pas des empêchements prohibitifs s'opposant simplement à la conclusion du mariage, sans entraîner sa nullité (2). Le mariage étant inexistant ne produit aucun effet à l'égard des époux ou des enfants ; une constitution de dot est considérée comme non avenue et les enfants sont illégitimes (3). Le mariage putatif fait exception à la règle; on appelle ainsi le mariage que les deux époux ou l'un d'eux contracte de bonne foi, c'est-à-dire dans la conviction qu'il est valable. Une pareille union produit tous les effets ordinaires du mariage en faveur des époux ou de l'époux de bonne foi (4) et en faveur des enfants (5). Ceux-ci sont légitimes, même vis-à-vis de leur parent de mauvaise foi, car l'état d'enfant légitime est indivisible; par cela seul qu'un enfant est légitime à l'égard d'un parent, il doit l'être à l'égard de l'autre. Mais l'époux de mauvaise foi ne peut invoquer les effets du mariage et, si les époux deviennent après coup de mauvaise foi, le mariage est frappé de nullité pour l'avenir (6).

Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit (I. *h. t.*, § 12).

§ 537. *De la validation du mariage.*

Dans l'ancienne Rome, le mariage était parfait par le seul consentement des époux; dès lors un mariage nul se validait naturellement pour l'avenir, si la vie commune continuait entre l'homme et la femme après que le vice de leur union avait disparu ; il se formait alors un nouveau mariage, valable cette fois, par

(2) Voyez toutefois ci-après § 563. — (3) I. *h. t.*, § 12.
(4) C. 5, 5, *de inc. et inut. nupt.*, L. 5, § 1 (L. 5).
(5) D. *h. t.*, L. 57* (L. 57, § 1).
(6) C. 5, 5, *de inc. et inut. nupt.*, L. 5, § 2 (L. 5 i. f.).

suite d'un nouveau consentement (1). Depuis Justinien, il faut en général que les époux aient fait de plus une déclaration à l'église (2).

CHAPITRE II. — DES EFFETS DU MARIAGE.

SECTION I. — DROITS ET DEVOIRS ENTRE ÉPOUX.

§ 538. *Droits et devoirs réciproques.*

1° Les époux se doivent mutuellement la fidélité conjugale; l'adultère de l'un d'eux constitue une juste cause de divorce, pourvu, s'il s'agit du mari, qu'il ait introduit sa concubine dans la maison conjugale ou l'ait fréquentée dans la même localité (1). On a considéré qu'un adultère quelconque de la femme peut introduire des étrangers dans la famille. De plus, la femme adultère et son complice se rendent coupables d'un délit public (2); mais l'adultère du mari n'est punissable que s'il est commis avec une femme mariée (3).

2° Les époux sont mutuellement tenus de se fournir des aliments (4).

§ 539. *Droits et devoirs propres à l'un des époux.*

1° La femme a de plein droit son domicile chez le mari (1) et doit le suivre partout où il juge à propos de résider (2); si elle est retenue par un tiers, le mari dispose de l'interdit *de uxore exhibenda et ducenda* (3). De son côté le mari doit recevoir la femme dans la maison conjugale (4).

2° Le mari peut représenter sa femme en justice, sur le fonde-

§ 537—(1) D. *h. t.*, L. 4, L. 65, § 1. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 534, 2°.

§ 538—(1) Nov. 117, c. 8, § 2 initio, et c. 9, § 5 initio.

(2) Nov. 134, c. 10, § 1 (c. 10). — C. 9, 9, *ad leg. Jul. de adult.*, L. 29, § 4 (L. 30 i. f.). — (3) C. *eod.*, L. 1.

(4) D. 24, 3, *sol. matr.*, L. 22, § 8 initio. — C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 29, pr. i. f. (L. 29); voyez en ce sens GLÜCK, XXIV, § 1223-1225, II, 2°, d; contra WINDSCHEID, II, § 491, note 2 i. f.

§ 539—(1) D. 50, 1, *ad munic.*, L. 38, § 3. — (2) Arg. D. 5, 1, *de jud.*, L. 65 i. f.

(3) D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 2. — (4) Arg. D. 5, 1, *de jud.*, L. 65 i. f.

ment d'un mandat tacite(5); l'injure faite à la femme rejaillit sur le mari et lui procure l'action d'injures en nom propre(6).

3° La femme est élevée à la condition de son mari(7).

SECTION II. — DES AUTRES OBLIGATIONS NAISSANT DU MARIAGE.

Le mariage produit encore des obligations qui ne sont pas circonscrites entre les époux et notamment une obligation alimentaire et une obligation de doter.

§ 540. *De l'obligation alimentaire.*

D. 25, 3, *de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus...*
C. 5, 25, *de alendis liberis ac parentibus.*

1° Il existe une obligation alimentaire réciproque d'abord entre les descendants et les ascendants(1), puis entre les gendres ou belles-filles et leur beau-père ou leur belle-mère(2), lorsque les uns sont dans le besoin et les autres dans l'aisance(3). L'étendue de l'obligation varie d'après le besoin de l'ayant droit et l'aisance du débiteur(4); si après coup le besoin ou l'aisance augmente ou diminue, la pension alimentaire doit être majorée ou réduite dans la même proportion et, si le besoin ou l'aisance disparaît complètement, le droit aux aliments vient à cesser pour le tout.

2° Les aliments comprennent l'ensemble des choses nécessaires à la vie matérielle, à savoir la nourriture, le vêtement et le logement(5); pour les enfants, il faut y ajouter les frais d'éducation(6).

Aditi a te competentes judices ali te a patre tuo jubebunt pro

§ 539—(5) C. 2, 12 (13), *de procur.*, L. 21, pr. (L. 21 initio).
(6) I. 4, 4, *de injur.*, § 2 initio. — (7) C. 12, 1, *de dignit.*, L. 13.
§ 540—(1) D. *h. t.*, L. 5, pr., § 1-5.
(2) Ils sont assimilés aux descendants et aux ascendants. Voyez en ce sens Voet, *Comment. ad Pand.*, 25, 3, n° 10. L'opinion dominante se prononce en sens contraire. — (3) D. *h. t.*, L. 5, § 13. — (4) L. 5 cit., § 7 i. f. et 10 initio.
(5) D. 34, 1, *de alim. leg.*, L. 6.
(6) Arg. D. *h. t.*, L. 5, § 12, et D. 37, 10, *de Carbon. ed.*, L. 6, § 5.



modo facultatium ejus, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis (7) (D. *h. t.*, L. 5, § 7).

§ 541. *De l'obligation de doter.*

La femme a l'obligation naturelle de constituer une dot à son mari, selon sa fortune et les besoins de la famille, afin d'aider le mari à supporter les charges de la vie commune; le mari est sans action contre elle, mais elle ne peut répéter la dot payée (1). Si la femme est sans fortune, son père (2) et, à son défaut, l'aïeul paternel (3) ont l'obligation civile de doter leur fille ou petite-fille. Enfin, en dernier lieu, lorsque la femme ne peut se marier autrement, l'obligation civile de la doter incombe à sa mère (4).

SECTION III. — DES CONVENTIONS ENTRE ÉPOUX.

§ 542. *Des régimes de biens entre époux. Généralités.*

1° On peut concevoir trois régimes de biens entre époux : le régime de la séparation de biens, celui d'une communauté totale ou partielle des patrimoines et celui de l'unité des patrimoines entre les mains du mari. Le droit romain n'imposait aucun de ces régimes; les époux étaient libres de faire sur leurs intérêts pécuniaires telles conventions qu'ils jugeaient convenables. Ils pouvaient notamment conclure une société universelle de biens (1) ou une société générale de gains, qui produisaient leurs effets ordinaires (2); mais de fait les conventions de ce genre étaient très rares et le système de la communauté était à peu près inconnu. Les véritables régimes romains étaient ceux de la séparation de biens et de l'unité des patrimoines entre les mains du mari; le premier

(7) Si une maladie vous empêche de vous livrer aux travaux de votre métier.

§ 541—(1) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 32, § 2. Cf. ci-dessus T. II, § 329, 4°.

(2) D. *h. t.*, L. 19.

(3) D. 37, 6, *de collat.*, L. 6, v^is^ pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet.

(4) C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 14 initio. Voyez encore ci-après § 554, 1°.

§ 542—(1) D. 34, 1, *de alim. leg.*, L. 16, § 3. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 457-458.

était propre au mariage libre et le second au mariage avec *manus* (3). Le mariage libre étant seul demeuré en vigueur, le nouveau droit romain ne connaît plus que la séparation de biens.

2° Malgré cette séparation, le mariage avait généralement de l'influence sur le patrimoine des époux. Dès les temps les plus reculés, le mariage était presque toujours accompagné d'une constitution de dot du côté de la femme, dans le but d'aider le mari à supporter les charges de la vie commune; à raison de ce but, la dot était valablement constituée pendant le mariage (4), nonobstant la prohibition des donations entre époux. D'autre part, sous le Bas-Empire, les fiancés commencèrent à faire des donations qui, comme la dot, constituaient un apport en vue des charges du mariage; ces libéralités reçurent le nom de *donationes ante nuptias* (5); elles étaient défendues pendant le mariage (6). Mais les empereurs Justin Ier et Justinien permirent de les faire aussi à cette époque et on les appela dès lors donations à cause de mariage, *donationes propter nuptias* (7). La donation à cause de mariage a la même nature que la dot et est soumise aux mêmes règles; c'est la dot du mari, une contre-dot d'après l'expression de Justinien (8). De là, dans le dernier état du droit romain, un régime dotal fondé sur des apports réciproques faits en vue des besoins de la famille.

I. De la dot.

D. 23, 3, et C. 5, 12 *de jure dotium*.

PELLAT, *Textes sur la dot traduits et commentés*, Paris, 1853, 2de édition.
BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, 2 vol., Erlangen, 1863-1867.

A) *Notions générales;* § 543.

La dot (*dos*, anciennement encore *res uxoria*) est l'ensemble des biens donnés ou promis du côté de la femme, afin d'aider le mari

(3) Cf. ci-après § 612, 1°. — (4) PAUL, II, 21B, § 1.

(5) I. 2, 7, *de donat.*, § 3 initio; C. 5, 5, *de inc. et inut. nupt.*, L. 4, pr. (L. 4 initio). — (6) I. 2,7, *de donat.*, § 3 initio. — (7) § 3 cit., vis Sed primus quidem........

(8) C. 5, 3, *de donat. ante-nupt.*, L. 20, § 2 (L. 20, pr.), vis quasi antipherna.

à supporter les charges du mariage [1]. Si elle provient du père ou d'un autre ascendant par des mâles, elle s'appelle profectice [2]; dans le cas contraire, elle est dite adventice [3]. La constitution de dot étant faite en vue du mariage, est réputée non avenue si le mariage ne suit pas [4] ou s'il est frappé de nullité [5] et la dot doit être restituée après la dissolution du mariage [6]; dès ce moment elle n'a plus d'objet.

Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt : neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est (D. *h. t.*, L. 3).

B) *De la constitution de dot.*

§ 544. *Règles générales.*

La constitution de dot suit presque en tous points l'analogie de la donation.

1° A l'époque classique, la promesse de doter devait se faire par la stipulation ou par la *dotis dictio* [1]. Celle-ci était, comme la stipulation, un contrat verbal et à termes solennels [2], mais le consentement s'y manifestait par une promesse et une acceptation [3]. La femme, son débiteur délégué ou son ascendant agnat pouvaient seuls y recourir [4]; il avait probablement paru peu convenable de forcer le mari à demander une dot à ces personnes par la voie de la stipulation. En droit nouveau, la constitution de dot forme un pacte légitime, parfait par le seul consentement des parties [5] et produisant une *condictio ex lege*; la *dotis dictio* est tombée en désuétude. A raison de la faveur du mariage, la constitution de dot est affranchie de l'insinuation [6].

§ 543—(1) Cf. D. 49, 17, *de castr. pec.*, L. 16, pr. i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 5, pr.
(3) Ulpien, VI, 3 i. f. Cf. ci-après § 548, 1°. — (4) D. *h. t.*, L. 21.
(5) D. *h. t.*, L. 3. — (6) Nov. 22, c. 20, § 1.
§ 544—(1) Ulpien, VI, 1 initio. — (2) C. Théod. 3, 12, *de inc. nupt.*, L. 3 initio.
(3) Loi romaine des Visigoths, Gaius, II, 9, § 3. — (4) Ulpien, VI, 2.
(5) C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 6. — (6) C. *h. t.*, L. 31, pr., § 1-2 (pr.).

2° Le constituant n'est pas tenu à garantie du chef d'éviction ou des vices de la chose (7).

§ 545. *De la constitution de dot accompagnée d'une estimation.*

1° En général, l'estimation qui accompagne une constitution de dot, a pour but de déterminer le montant des dommages et intérêts que devra payer le mari si les biens dotaux périssent ou se détériorent par sa faute (*aestimatio taxationis causa**). Lorsqu'une perte totale survient par sa faute, il doit intégralement l'estimation (1); si sa faute amène seulement une perte partielle ou une détérioration, il doit la différence entre l'estimation et la valeur des biens à la dissolution du mariage (2); on est ainsi dispensé de rechercher à cette dernière époque ce que valaient les biens lors de la constitution de dot. L'estimation est sans utilité s'il ne survient ni perte ni détérioration (3) ou si celles-ci sont accidentelles (4).

2° Exceptionnellement l'estimation des biens a pour but de les vendre au mari pour le montant de l'estimation et de constituer en dot le prix de vente (*aestimatio venditionis causa**). Alors il faut appliquer aux biens estimés les règles de la vente et à l'estimation celles de la dot. Comme tout acheteur, le mari supporte la perte fortuite des biens estimés (5) et dispose d'un recours en garantie du chef d'éviction ou des vices de la chose (6). En ce qui concerne la constitution de dot, elle l'oblige à payer l'estimation à la fin du mariage (7).

Comme les aliénations ne se présument point, il faut, dans le doute, admettre une estimation de la première espèce; l'autre suppose une convention spéciale (8).

---

§ 544—(7) C. *h. t.*, L. 1. Cf. ci-dessus T. II, § 387, I, A, et 389, 1, 1°.

§ 545—(1) C. *h. t.*, L. 21. — (2) L. 21 cit.; D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 50 initio.

(3) L. 50 cit. — (4) Arg. C. *h. t.*, L. 21.

(5) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 9° (9) i. f.

(6) C. *h. t.*, L. 1, pr. et § 1 (L. 1 initio). — (7) C. *h. t.*, L. 5.

(8) D. *h. t.*, L. 69, § 7 initio. Cf. WINDSCHEID, II, § 494 et note 11. Contra BECHMANN, cité, II, § 104 i. f., p. 225-226, et MAYNZ, III, § 313 et note 9.

Cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur (D. *h. t.*, L. 69, § 7), cum in placito[9] specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur adnexum, ne, si species aliqua deminuta fuisset aut perdita, alio pretio quam quo taxata fuerat posceretur (C. *h. t.*, L. 21).

C) *Des droits respectifs des époux sur la dot.*

§ 546. *Des droits du mari.*

En général, le mari acquiert le droit même qui fait l'objet de la constitution de dot; d'après les circonstances, il devient propriétaire[1], créancier[2], usufruitier, etc., et jouit des prérogatives ordinaires attachées à ces qualités; il répond de la faute légère *in concreto** [3]. En particulier, s'il s'agit de choses corporelles, il a comme propriétaire :

1° Le droit d'user et de jouir de ces choses[4]. A la différence de l'usufruitier[5], il acquiert indistinctement tous les fruits, naturels ou civils, en proportion de la durée du mariage[6]; si, dans le cours de celui-ci, il en a perçu une quotité plus forte, il doit rendre l'excédent; s'il en a perçu moins, il a droit à la différence. C'est que les fruits de la dot sont éminemment destinés aux besoins de la famille; or, ces besoins étant proportionnés à la durée du mariage, le mari doit acquérir les fruits dans la même proportion.

2° Le droit d'aliéner les meubles dotaux[7]. Sous la république, le mari pouvait aussi aliéner sans restriction les immeubles

(9) Dans la convention.
(1) D. *h. t.*, L. 7, § 3 initio; I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 41 initio.
(2) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 2.
(3) D. *h. t.*, L. 17, pr. Cf. ci-dessus T. II, § 296, I, 2°. — (4) D. *h. t.*, L. 7, pr.
(5) Cf. ci-dessus T. I, § 234.
(6) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 9ᵇ et 9ᶜ initio (§ 9).
(7) D. *h. t.*, L. 42; C. *h. t.*, L. 3.

dotaux (8). Mais la loi *Julia de adulteriis*, du règne d'Auguste, ne lui conserva ce droit que pour les immeubles provinciaux (9); elle exigea pour l'aliénation des immeubles italiques le consentement de la femme et défendit au mari de les hypothéquer, même avec ce consentement (9). La loi se montrait si sévère pour l'hypothèque, parce que la femme y aurait consenti trop facilement dans l'espoir que le créancier hypothécaire n'aurait pas vendu l'immeuble hypothéqué. Justinien renforça encore ces dispositions : il prohiba une aliénation quelconque d'immeubles dotaux, italiques ou provinciaux, même avec le consentement de la femme (10). Si le mari fait une aliénation, celle-ci est nulle (11); l'immeuble aliéné reste dans la dot et le mari peut le revendiquer tant que dure le mariage (12), sauf qu'à raison de son dol il est tenu de tous dommages et intérêts vis-à-vis de l'acquéreur. Quant à la femme, elle a le droit de revendiquer après la dissolution du mariage, car alors elle devient propriétaire de l'immeuble (13). Par dérogation à la règle énoncée, le mari peut faire sans la femme l'aliénation d'un immeuble dotal, si un tiers y a un droit acquis à un autre titre; la circonstance que l'immeuble est constitué en dot ne peut priver le tiers de son droit. Si par exemple le mari a reçu en dot la propriété indivise d'un immeuble, le copropriétaire peut intenter l'action en partage contre le mari et celui-ci a qualité pour procéder au partage judiciaire, quoique lui-même ne puisse le poursuivre (14). — Lorsque le mari aliène régulièrement une chose dotale et notamment un meuble, la propriété en est perdue pour le mari et pour la femme (15). Quant à la chose que le mari a acquise en remplacement de la première, elle n'est pas dotale de plein droit; car

(8) Arg. I. 2, 8, *quib. alien. licet*, pr. initio. — (9) Pr. cit.

(10) Pr. i. f., cit.; D. 23, 5, *de fundo dot.*, L. 5-6; C. 5, 23, *de fundo dot.*, L. 2. Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°. — (11) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 42 initio.

(12) Arg. C. 5, 71, *de praed. vel al. reb. min.*, L. 16, pr. (L. 16 initio).

(13) Arg. C. *h. t.*, L. 30, § 1 (L. 30).

(14) C. 5, 23, *de fundo dot.*, L. 2 i. f. cbn. avec l'initium.

(15) C. *h. t.*, L. 30, pr. (L. 30 initio), v^is^ si tamen extant; C. 8, 17 (18), *qui potiores*, L. 12, § 5 (§ 1); Nov. 91, c. 1 initio. Voyez en ce sens MAYNZ, III, § 312 et note 46, et WINDSCHEID, II, § 503, 2°, et note 7. Contra BECHMANN, cité, II, § 172.

la dotalité d'un bien ne se présume point, elle exige une convention spéciale (16).

3° Le droit d'exercer toutes les actions naissant de la propriété (17).

Si res in dotem dentur, puto in bonis mariti fieri (D. *h. t.*, L. 7, § 3). Fetus autem jumentorum et omnia quae fructuum nomine continentur ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii... Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione debere utrique parti adsignari (C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 9[b] et 9[c] (§ 9)).

Remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta fiat alienatio vel obligatio et neutrum earum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur (I. 2, 8, *quib. alien. licet*, pr.).

Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inaestimatum (18) acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari (C. 5, 23, *de fundo dot.*, L. 2).

Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur (C. *h. t.*, L. 12).

§ 547. *Des droits de la femme.*

1° Tant que dure le mariage, la femme n'a en principe aucun droit sur la dot (1). Le mari ne peut pas même la lui abandonner volontairement ; malgré cet abandon, il reste tenu de ses obligations (2). Toutefois la femme a le droit de se faire restituer la dot pendant le mariage, si le mari la dissipe (3) ou s'il tombe en déconfiture (4) ; la femme succède alors aux droits du mari, sauf

(16) C. *h. t.*, L. 12. Cf. D. *h. t.*, L. 32, L. 54. Voyez sur cette question Glück, VIII, § 585, p. 169-186, Bechmann, cité, II, § 106, p. 231-234, et Maynz, III, 313, note 1. — (17) D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 24 ; D. 6, 2, *de Publ. in rem act.*, L. 3, § 1.
(18) *Vel aestimatum taxationis causa.*

(1) C. *h. t.*, L. 23 ; C. 3, 32, *de rei vind.*, L. 9. — (2) Nov. 22, c. 39 initio.
(3) Nov. 97, c. 6, pr. i. f. — (4) C. *h. t.*, L. 29, pr. (L. 29).

qu'elle ne peut aliéner aucune espèce de choses(5). Sans y être astreint, le mari est au moins autorisé à restituer la dot pendant le mariage pour certaines causes légalement déterminées, et surtout afin de payer des dettes de la femme qui ne peuvent être payées autrement(6).

2° Lorsque le mariage a pris fin, la femme a droit à la restitution de la dot(7) (§ 548-553).

D) *De la restitution de la dot.*

D. 24, 3, et C. 5, 18, *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.*

§ 548. *Historique.*

1° D'après le droit classique, la restitution de la dot pouvait seulement être réclamée par la femme(1) et, dans le cas d'une dot profectice, par le constituant(2); les héritiers de la femme n'y avaient aucun droit(3). Il s'ensuivait que si le mariage était dissous par le décès de la femme, le mari profitait toujours de la dot adventice(4); il profitait en outre de la dot profectice lorsque l'ascendant qui l'avait fournie était prédécédé(5). En supposant une obligation de restituer, le mari avait encore le droit de retenir, pour des causes diverses, des portions plus ou moins considérables de la dot(6). La restitution de la dot se poursuivait par l'*actio rei uxoriae*(7).

2° Justinien permit aux héritiers de la femme d'agir en restitution de la dot(8) et supprima tous les droits de rétention du mari, à part la retenue pour impenses nécessaires(9). Il abrogea aussi l'*actio rei uxoriae* et la remplaça par une action nouvelle, qu'il

§ 547—(5) L. 29, pr. i. f., cit. — (6) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 20; D. *h. t.*, L. 73, § 1. (7) Nov. 22, c. 20, § 1.

§ 548—(1) Cf. ULPIEN, VI, 6. — (2) ULPIEN, VI, 4 initio. — (3) ULPIEN, VI, 7. (4) ULPIEN, VI, 5. — (5) ULPIEN, VI, 4. — (6) ULPIEN, VI, 4, 9, 10 et 12. (7) ULPIEN, VI, 6. — (8) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 6. (9) L. un. cit., § 5. Cf. ci-après § 550, 2°.

(10) Cette action est ici exceptionnellement de bonne foi (C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 2 (2 initio)).

appela *actio ex stipulatu*(10) en la fondant sur une stipulation fictive(11) ; il est plus naturel de lui donner le nom d'*actio dotis*(12).

§ 549. *Des personnes qui ont droit à la restitution de la dot.*

Dans la législation de Justinien, la dot doit être restituée à la femme(1) ou à ses héritiers(2), sauf que, s'il s'agit d'une dot profectice, le constituant encore en vie exclut les héritiers de la femme(3). Il va de soi que les parties sont libres de déroger à ces règles et notamment de convenir que la dot devra être rendue au constituant(4) ; une pareille convention profite aussi aux héritiers du stipulant(5). De son côté le mari peut stipuler que, dans le cas de prédécès de la femme, il gardera la dot comme gain de survie(6).

§ 550. *Ce qui doit être restitué.*

1° La restitution comprend tout ce qui a été reçu à titre de dot. Si des choses ont péri ou se sont détériorées par la faute du mari, celui-ci doit des dommages et intérêts(1), mais il ne supporte les pertes et les détériorations accidentelles que dans le cas où la dot a pour objet des choses fongibles(2) ; s'il est débiteur de corps certains, il est libéré par l'accident(3). Lorsque le mari a aliéné une chose dotale, sans qu'une autre chose soit devenue dotale à sa place(4), il est tenu de rendre la chose aliénée ou sa valeur(5).

2° Le mari a droit à une indemnité pour les impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites aux biens dotaux(6) ; il supporte toutefois les débours ordinaires comme une charge de la jouissance(7).

(11) L. un. cit., pr. et § 1 (pr. initio). — (12) Cf. D. *h. t.*, L. 22, § 12 initio.
§ 549—(1) D. *h. t.*, L. 2, pr. initio. — (2) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 6.
(3) C. *h. t.*, L. 4; C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 13ᵉ (13 i. f.).
(4) L. un. cit., § 13ᵉ i. f. (13). — (5) L. un. cit., § 4.
(6) D. 23, 4, *de pact. dot.*, L. 12, pr. Cf. Nov. 127, c. 3 i. f. cbn. avec l'initium.
§ 550—(1) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 17, pr. — (2) D. *eod.*, L. 42.
(3) D. *h. t.*, L. 18, § 1 i. f. — (4) Cf. ci-dessus T. II, § 546, 2° i. f.
(5) Cf. D. 23, 4, *de pact. dot.*, L. 32, pr.
(6) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 5ᵉ (5).
(7) D. 25, 1, *de inpens. in res dot. fact.*, L. 15.

Les impenses nécessaires diminuent de plein droit la dot, si celle-ci renferme de l'argent(8) et, dans le cas contraire, elles justifient la rétention de la dot jusqu'au payement de l'indemnité (9). Les impenses utiles donnent lieu à l'action contraire de mandat ou de gestion d'affaires(10). Quant aux impenses voluptuaires, elles confèrent seulement la faculté d'enlever les ajoutes résultant des débours(11).

§ 551. *Du délai accordé pour la restitution de la dot.*

Dans le droit classique, les choses non fongibles devaient être restituées immédiatement, et les choses fongibles au bout de trois ans; un tiers était payable à la fin de chaque année(1). Sous Justinien, le mari doit rendre les immeubles sur-le-champ et le surplus de la dot dans l'année(2).

§ 552. *De l'action en restitution de la dot.*

La restitution de la dot, si elle est due de plein droit, se poursuit par l'*actio dotis*(1). Une convention relative à la restitution produit l'*actio ex stipulatu* ou l'action *praescriptis verbis*, selon qu'elle constitue une stipulation ou bien un pacte converti en contrat innomé par la prestation de la dot (2). Le demandeur en restitution doit établir cette prestation, puisque telle est la base de son action(3). On suit pour le chirographe *de dote* des règles analogues à celles qui ont été indiquées pour le chirographe *de mutuo*(4); il ne fait pleine foi du payement de la dot qu'après dix années de mariage(5).

(8) D. *eod.*, L. 5, pr. — (9) L. 5, pr. initio, cit.
(10) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 5ᵉ (5). — (11) L. un. cit., § 5f (5 i. f.).
§ 551—(1) ULPIEN, VI, 8. — (2) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 7ᵉ (7).
§ 552—(1) D. *h. t.*, L. 22, § 12 initio.
(2) C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 13 i. f. (13).
(3) C. 5, 15, *de dot. cauta et non numer.*, L. 1. — (4) T. II, § 441.
(5) Nov. 100, c. 2, pr. initio.

§ 553. *Garanties de la femme pour la restitution de la dot.*

1° La femme ou ses héritiers acquièrent de plein droit les biens dotaux qui sont restés dans le patrimoine du mari (1), donc aussi la propriété des immeubles aliénés irrégulièrement par le mari (2) et le droit de revendiquer les choses corporelles (3). Ils excluent ainsi tous les créanciers du mari (4).

2° En ce qui concerne leurs créances contre le mari du chef de la dot, la femme et ses héritiers de la ligne descendante ont une hypothèque légale privilégiée sur tous les biens du mari; les autres héritiers ont une hypothèque légale ordinaire (5).

In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matriomonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare (C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 30, pr. (L. 30 initio)).

II. De la contre-dot; § 554.

La théorie de la contre-dot est complètement analogue à celle de la dot.

1° Si la femme fournit une dot ou le mari une contre-dot, le conjoint a l'obligation civile de faire un apport réciproque d'une valeur égale (1) et partant, si l'un des apports est augmenté après coup, l'autre doit l'être dans la même mesure (2). Si le mari est sans fortune, son père ou son aïeul paternel est tenu civilement de fournir une contre-dot (3).

§ 553—(1) C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 30, pr. et § 1, L. 29, pr. (L. 30 initio, L. 29); Nov. 91, c. 1 initio. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 546, 2°. — (3) Textes de la note 1

(4) C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 30, pr. (L. 30 initio).

(5) Cf. ci-dessus T I, § 267, II, 2°, et 272, I, 2°.

§ 554—(1) Nov 97, c. 1.

(2) Nov. 97, c. 2, v^is Dedimus autem licentiam........ constitutio dicit.

(3) C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 7, § 2 i. f. (L. 7).

2° Pendant le mariage, les époux ont sur la contre-dot les mêmes droits que sur la dot(4). Toutefois, lorsque c'est le mari qui fournit la contre-dot, celle-ci reste dans son patrimoine; en la fournissant, le mari se borne à affecter certains biens aux besoins de la vie commune.

3° Après la dissolution du mariage, le mari garde la contre-dot(5). Mais, si le mariage a été dissous par le décès du mari, la contre-dot est acquise à la femme comme gain de survie, sauf que, dans le cas où des enfants sont issus du mariage, les enfants et la mère obtiennent chacun une part virile de la contre-dot; les enfants acquièrent seulement la nue propriété de leur part, la mère en a l'usufruit(6).

III. Des biens paraphernaux de la femme; § 555.

Les biens paraphernaux (*parapherna*, de παρὰ φερνῆς, *extra dotem*) sont les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot(1). Le mari a seulement par rapport à eux les droits que la femme lui a concédés d'une façon spéciale(2). Elle peut lui en avoir accordé la simple administration ou l'administration et la jouissance. Dans le premier cas, les fruits des biens paraphernaux reviennent à la femme; dans le second, le mari a droit aux fruits, sauf à les affecter aux besoins de la famille(3).

IV. Des donations entre époux; § 556.

D. 24, 1, et C. 5, 16, *de donationibus inter virum et uxorem.*

1° Le mariage crée entre les époux une dépendance si étroite qu'il est à craindre que l'un n'abuse de la faiblesse de l'autre pour lui arracher des libéralités(1). C'est pourquoi l'ancien droit romain prohibait absolument les donations entre conjoints(2). Mais, en

(4) Nov. 61, c. 1, pr. et § 1 initio; C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 29, pr. (L. 29).
(5) Nov. 22, c. 20, § 1. — (6) Nov. 127, c. 3.
§ 555—(1) C. 5, 14, *de pact. conv.*, L. 8 initio. — (2) L. 8 cit.
(3) C. *eod.*, L. 11, pr. et § 1 (L. 11 initio). Voyez encore D. *h. t.*, L. 9, § 3.
§ 556—(1) D. *h. t.*, L. 1 i. f. — (2) L. 1 initio, cit.

vertu d'un sénatus-consulte de Caracalla, ces donations furent déclarées valables avec effet rétroactif s'il n'y avait ni survie du donateur, ni révocation de la libéralité, ni divorce[3]. La donation reste donc nulle et sans effet si le donateur survit au donataire[4], s'il révoque la libéralité, ce qu'il est libre de faire par sa seule volonté[5], ou bien si le mariage est rompu par le divorce[6]. A défaut de révocation et de divorce, la donation produit ses effets, soit que le donataire survive au donateur[7], soit qu'il succombe dans le même événement sans que l'on sache qui a survécu[8]. Dans le dernier cas la donation est valable, parce que sa nullité est subordonnée à la survie du donateur; or cette survie n'est pas établie[9]. Les donations entre époux ressemblent ainsi aux donations à cause de mort[10].

2° Ces règles supposent une donation véritable; la libéralité doit réunir tous les caractères des donations et surtout elle doit impliquer une aliénation ou une promesse d'aliéner[11]; la renonciation que l'un des époux fait à une hérédité en faveur de son conjoint, n'est pas une donation entre époux[12]. Mais il est indifférent que la donation soit faite directement ou déguisée sous un autre acte[13]. Il faut en outre que la donation intervienne effectivement entre époux. On n'appliquera donc pas les règles prémentionnées aux donations qui ont lieu soit entre fiancés[14], soit entre conjoints divorcés[15], soit entre un homme et sa concubine[16]; mais on les suit dans le cas d'un mariage nul[17], car celui-ci produit entre l'homme et la femme la même dépendance qu'un mariage valable. Enfin, il faut considérer comme donations entre époux celles qui sont faites par l'un des époux à une personne interposée[18], c'est-à-dire chargée de procurer la

(3) D. *h. t.*, L. 32, pr. et § 2; C. *h. t.*, L. 18. — (4) PAUL, II, 23, § 5 initio.
(5) D. *h. t.*, L. 32, § 2. — (6) D. *h. t.*, L. 62, § 1. — (7) C. *h. t.*, L. 18.
(8) D. 34, 5, *de reb. dub.*, L. 8 i. f.
(9) D. *h. t.*, L. 32, § 14, v^is Oratio, si ante........ relinquent.
(10) Cf. ci-après § 750-752. — (11) D. *h. t.*, L. 5, § 16.
(12) D. *h. t.*, L. 5, § 13. — (13) PAUL, II, 23, § 4. — (14) D. *h. t.*, L. 27.
(15) D. *h. t.*, L. 64. — (16) D. 39, 5, *de donat.*, L. 31, pr. initio.
(17) D. *h. t.*, L. 3, § 1. — (18) PAUL, II, 23, § 3.

libéralité au conjoint; sont de plein droit réputés interposés ceux qu'un lien de puissance paternelle unit au conjoint(19).

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate (D. *h. t.*, L. 1).

A marito in uxorem donatione collata matrimonii tempore nec initio dominium transferri potest nec post, si divortium intercesserit vel prior persona quae liberalitatem accepit rebus humanis fuerit exempta vel ab eo qui donavit fuerit revocata, potest convalescere (C. *h. t.*, L. 18).

Inter virum et uxorem contemplatione donationis imaginaria venditio contrahi non potest (PAUL, II, 23, § 4).

Inter virum et uxorem nec per interpositam personam donatio fieri potest (PAUL, II, 23, § 3).

V. Des conventions prohibées entre époux; § 557.

1° Il est défendu de convenir que le mari devra rendre les fruits de la dot(1) ou bien qu'il sera tenu de restituer la dot elle-même avant la dissolution du mariage(2) ou qu'il pourra la garder après cette dissolution(3) si ce n'est comme gain de survie(4). De pareilles clauses sont contraires à l'essence de la dot; celle-ci doit servir aux besoins de la famille et à ces besoins seulement.

2° Sont aussi prohibées les conventions qui dispensent l'un des époux de faire un apport équivalent à celui du conjoint(5); la loi veut précisément cette équivalence(6).

(19) D. *h. t.*, L. 3, § 4 initio.
(1) D. 23, 4, *de pact. dot.*, L. 4 initio. — (2) Arg. Nov. 22, c. 39 initio.
(3) D. 23, 4, *de pact. dot.*, L. 2.
(4) D. *eod.*, L. 12, pr. Voyez toutefois Nov. 127, c. 3 i. f. cbn. avec l'initium.
(5) Nov. 97, c. 1. — (6) Cf. ci-dessus T. II, § 554, 1°.

CHAPITRE III. — DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

SECTION I. — DES CAUSES DE DISSOLUTION.

I. Aperçu; § 558.

Le mariage se dissout par le décès ou la grande diminution de tête de l'un des époux — un esclave ne peut être valablement marié — et par le divorce[1] (§ 559-560).

II. Du divorce.

D. 24, 2, *de divortiis et repudiis.*

C. 5, 17, *de repudiis et judicio de moribus sublato.*

WÄCHTER (K.), *Ueber Ehescheidungen bei den Römern*, Stuttgard, 1822.

§ 559. *Historique.*

1° L'ancien droit romain admettait sans restriction le divorce par la volonté d'un seul des époux (*repudium*) ; il ne fallait justifier d'aucun motif[1]. A plus forte raison, les époux pouvaient-ils divorcer par consentement mutuel (*divortium*). Malgré cette liberté illimitée, les divorces furent rares chez les Romains pendant les cinq premiers siècles[2] ; mais à la fin de la république et sous l'empire ils étaient d'une fréquence excessive.

2° Une réaction s'opéra sous le Bas-Empire, grâce à l'influence du christianisme. On détermina les causes légitimes de divorce et l'on frappa de peines sévères ceux qui divorçaient autrement, par leur volonté unilatérale ou même par consentement mutuel (§ 560).

§ 560. *Droit nouveau.*

1° Les causes légitimes de divorce sont surtout l'adultère du conjoint[1], pourvu que le mari ait introduit sa concubine dans la

§ 558—(1) D. 24, 2, *de divort.*, L. 1.
§ 559—(1) CIC., *Philippiques* II, 28.
(2) AULU-GELLE, IV, 3, § 1-2, et XVII, 21, § 44 (éd. HERTZ).
§ 560—(1) Nov. 117, c. 8, § 2 initio.

maison conjugale ou l'ait fréquentée dans la même localité [2], l'attentat de l'époux à la vie de son conjoint [3], l'absence du conjoint pendant cinq ans sans qu'on ait reçu de ses nouvelles [4], le refus de la femme d'habiter la maison conjugale [5] et l'impuissance du mari [6]. L'époux qui divorce justement, profite en général de la dot ou de la contre-dot du conjoint [7]; mais, s'il existe des enfants issus du mariage, les enfants et le conjoint innocent obtiennent chacun une part virile de la dot ou de la contre-dot; les enfants acquièrent seulement la nue propriété de leur part, le conjoint innocent en a l'usufruit [8].

2° Si l'un des époux divorce sans justifier d'un motif légalement reconnu, sa dot ou sa contre-dot est acquise avec la même restriction à son conjoint [9] et sa succession s'ouvre aussitôt [10].

3° Dans le cas d'un divorce par consentement mutuel, la succession des deux époux est immédiatement ouverte [10].

SECTION II. — EFFETS DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE; § 561.

Le mariage dissous, ses effets cessent également. En principe, les époux sont libres de se remarier, même entre eux [1]; la dot doit être restituée et le mari garde la contre-dot [2]. En ce qui concerne l'éducation des enfants, elle appartient, en cas de décès de la mère, au père survivant, et en cas de décès du père, à la personne désignée par le magistrat; cette personne sera souvent la mère [3]. S'il y a eu divorce, l'éducation des enfants est confiée à l'époux qui a divorcé pour une juste cause [4] ou à celui vis-à-vis de qui le mariage a été rompu sans motif [5]; dans l'hypothèse

§ 560—(2) Nov. 117, c. 9, § 5 initio. — (3) Nov. 117, c. 8, § 3, et c. 9, § 2.
(4) Nov. 22, c. 7. — (5) Nov. 117, c. 8, § 5. — (6) Nov. 22, c. 6.
(7) Nov. 22, c. 15, § 1 i. f. et 2 i. f.
(8) Nov. 117, c. 8, § 2 initio, et c. 9, § 5; Nov. 127, c. 3. De plus, la succession de l'époux adultère est immédiatement ouverte (Nov. 134, c. 10).
(9) Nov. 117, c. 13; Nov. 127, c. 3. — (10) Nov. 134, c. 11, § 1 (c. 11).
§ 561—(1) D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 18. Voyez cependant C. 9, 9, *ad leg. Jul. de adult.*, L. 9, et ci-après § 563. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 548-553 et 554, 3°.
(3) Cf. ci-après § 626, 2°. — (4) Nov. 117, c. 7. Ce texte indique une exception.
(5) Arg. Nov. 117, c. 7.

d'un divorce par consentement mutuel, le magistrat désigne la personne qui aura soin des enfants (6). Quelle que soit la cause du divorce, les frais d'entretien et d'éducation incombent au père; ils sont seulement à la charge de la mère si le père est indigent et la mère dans l'aisance (7).

SECTION III. — DES GAINS NUPTIAUX; § 562.

Les gains nuptiaux (*lucra nuptialia*) comprennent toutes les acquisitions que les époux font à l'occasion du mariage (1), par exemple les donations entre époux en tant qu'elles se valident (2), la contre-dot lorsqu'elle est acquise à la femme comme gain de survie (3), et les profits légaux du divorce (4). La notion des gains nuptiaux est importante à plusieurs points de vue (5).

SECTION IV. — DES SECONDS MARIAGES.

C. 5, 9, *de secundis nuptiis.*

§ 563. *Du délai à observer par la femme.*

1° La femme ne peut se remarier dans l'année qui suit la dissolution du mariage (1). La défense a pour but de prévenir la confusion du part; si la femme était admise à se remarier aussitôt après la dissolution du mariage, on ne saurait auquel des deux maris appartiennent les enfants nés au commencement du second mariage.

2° Si la femme se remarie plus tôt, le mariage n'en est pas moins valable. Mais les gains nuptiaux provenant de sa première union sont acquis aux enfants du premier lit (2) et elle ne peut

(6) Arg. D. 27, 2, *ubi pup. educ. v. mor. deb.*, L. 1, pr. et § 1.
(7) Nov. 117, c. 7, et arg. de ce texte.
§ 562—(1) Cf. Nov. 22, c. 23. — (2) Nov. 22, c. 23.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 554, 3°. — (4) § 560, 1° i. f. et 2°.
(5) Cf. ci-après § 563, 2°, et 564, 1°.
§ 563—(1) C. *h. t.*, L. 2 initio; C. 5, 17, *de repud.*, L. 8, § 4ᵃ (§ 4 i. f.). Cf. Nov. 22, c. 15, § 3. — (2) C. *h. t.*, L. 2.

laisser à son second conjoint, par donation ou testament, que le tiers de ses biens (3).

§ 564. *Du cas où il existe des enfants du premier lit.*

Lorsqu'un parent se remarie, son affection se reporte souvent sur son second conjoint et sur les enfants du second lit. De là diverses mesures de protection pour les enfants nés du premier mariage :

1° Ils acquièrent la nue propriété de tous les gains nuptiaux résultant, pour le parent remarié, de la première union (1).

2° Le parent remarié peut seulement laisser à son second conjoint, par donation ou testament, une part d'enfant du premier lit le moins prenant, c'est-à-dire autant que recueille dans sa succession l'enfant du premier lit le moins avantagé (2).

3° La mère qui se remarie, est déchue de la tutelle (3) et du droit de faire l'éducation (4) des enfants du premier lit.

§ 563—(3) C. *h. t.*, L. 1, § 1 (L. 1 initio).
§ 564—(1) Nov. 22, c. 23. — (2) C. *h. t.*, L. 6, pr., § 1-3 (L. 6, pr.).
(3) Nov. 94, c. 2 i. f. — (4) Nov. 22, c. 38 i. f.

TITRE II.

DE LA FILIATION.

D. 25, 3, *de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus...*

La filiation est légitime ou illégitime, selon qu'elle se fonde ou non sur le mariage.

CHAPITRE I. — DE LA FILIATION LÉGITIME.

§ 565. *Notions générales.*

L'enfant a, pour mère, la femme qui le met au monde et, pour père, le mari de cette femme[1]. Au point de vue de la seconde règle, il faut considérer trois hypothèses.

Première hypothèse. L'enfant est né dans la période commençant le 182e jour depuis la conclusion du mariage et finissant le 300e jour après sa dissolution. Jusqu'à preuve contraire, cet enfant a pour père le mari de sa mère[2]; *pater is est, quem nuptiae demonstrant*[3]. La règle se fonde sur une présomption de fidélité conjugale de la part de la femme mariée; si celle-ci demeure fidèle au devoir conjugal, tous les enfants qu'elle conçoit pendant le mariage, sont des enfants du mari. Or, la gestation d'un enfant

(1) D. 2, 4, *de in jus voc.*, L. 5.
(2) D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 3, § 11-12 initio.
(3) D. 2, 4, *de in jus voc.*, L. 5 i. f.

viable durant de six à dix mois [4], l'enfant né dans le cours de la période indiquée a dû être conçu pendant le mariage ou du moins il a pu l'être et, dans le doute, il fallait se prononcer en sa faveur. Mais le mari peut désavouer l'enfant en prouvant que, depuis le 300me jusques et y compris le 182me jour avant la naissance de l'enfant, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, soit pour cause d'éloignement [5], soit par l'effet d'un accident ou d'une impuissance naturelle [6]; car alors il est certain que le mari n'est pas le père. Le seul adultère de la femme n'est pas une cause de désaveu; malgré l'adultère, il est possible que l'enfant appartienne au mari [7].

Seconde hypothèse. L'enfant est né dans les 181 jours qui suivent la conclusion du mariage. Quoiqu'il soit censé conçu avant le mariage, il a aussi pour père le mari de sa mère, du moins dans le droit de Justinien [8]; on a considéré que de fait les enfants de cette catégorie sont presque toujours des enfants du mari. Mais, comme la paternité n'a d'autre base que ce fait et non une présomption de fidélité conjugale, le mari est libre de désavouer l'enfant par sa seule volonté, indépendamment de toute cause de désaveu.

Troisième hypothèse. L'enfant est né dans les 300 jours qui suivent la dissolution du mariage. Un pareil enfant est illégitime [9].

De eo autem, qui centensimo octogensimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum (D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 3, § 12).

Mihi videtur,.. si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea

(4) Paul IV, 9, § 5 i. f.; D. 1, 5, *de statu hom.*, L. 12 initio.

(5) D. 1, 6, *de his qui sui v. al. jur. sunt*, L. 6 initio. — (6) L. 6 i. f., cit.

(7) D. 48, 5, *ad leg. Jul. de adult.*, L. 12 (11), § 9 i. f.

(8) C. 5, 27, *de natur. lib.*, L. 11, § 3-4 (L. 11 i. f.) Cf Ulpien, V. 10 initio.

(9) D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 3, § 11. Voyez cependant Aulu-Gelle, III, 16, § 12 et 22-23 (éd. Hertz).

valetudine pater familias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus filium non esse (D. 1, 6, *de his qui sui v. al. jur. sunt*, L. 6).

Non utique[10] crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse (D. 48, 5, *ad leg. Jul. de adult.*, L. 12 (11), § 9).

Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem (D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 3, § 11).

§ 566. *De la preuve de la filiation légitime.*

1° Du moins à partir du commencement de l'empire, la preuve de la filiation légitime se fait par des registres publics destinés à recevoir les déclarations de naissance[1]. Depuis Marc-Aurèle, le père est tenu de faire la déclaration dans les trente jours devant les préfets de l'*aerarium* et, en province, devant les tabulaires[2].

2° A défaut des registres publics, l'enfant peut invoquer la possession constante de l'état d'enfant légitime[3], plus subsidiairement un écrit public ou privé où le mari lui donne la qualité d'enfant[4], et en dernier lieu il est admis à la preuve testimoniale[5].

§ 567. *Moyens ordinaires de faire valoir la filiation légitime.*

La femme mariée dispose contre le mari de l'action préjudicielle *de partu agnoscendo*, dans le but d'obtenir la reconnaissance de l'état de l'enfant[1]. Si le mari est décédé, l'enfant ou son tuteur doit agir par la pétition d'hérédité et faire statuer à l'occasion de cette poursuite sur la question d'état[2].

(10) D'une manière absolue.

§ 566—(1) Suétone, *Tibère* 5; Juvénal, *Sat.* IX, v. 84-85.

(2) Capitolin, *Marc-Aurèle* 9. Cf. ci-dessus T. I, § 132, I, A i. f.

(3) C. 5, 4, *de nupt.*, L. 9. — (4) Nov. 117, c. 2.

(5) C. 4, 20, *de test.*, L. 15, § 6 initio (§ 1 i. f.).

§ 567—(1) D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 3, § 1, cf. § 2, 5 et 6. — (2) L. 3 cit., § 5 initio.

§ 568. *Mesures provisoires relatives aux enfants légitimes.*

1° Si, au décès du mari, l'enfant est encore impubère, il est admis à la possession provisoire de l'hérédité paternelle pour la durée de son impuberté (*bonorum possessio Carboniana*); cette disposition permet à l'enfant de défendre personnellement son état lorsqu'il atteint l'âge de la puberté (1). De son côté, la veuve qui se prétend enceinte et dont la grossesse paraît vraisemblable (2), a droit à une *bonorum possessio ventris nomine* (3); mais, afin d'éviter des suppositions de part, elle doit dénoncer sa grossesse aux héritiers du mari, se laisser examiner et recevoir des gardiens (4).

2° Pour le même motif, la femme divorcée qui se prétend enceinte, doit dans le mois notifier sa grossesse au mari (5). Si celui-ci ne conteste pas la grossesse et n'envoie pas de gardiens, la femme a droit à des aliments pour l'enfant dont elle accouche plus tard, jusqu'à ce que l'illégitimité de l'enfant soit établie (6).

§ 569. *Droits et devoirs entre parents et enfants légitimes.*

1° Le père a la puissance paternelle sur ses enfants légitimes (1). La mère n'a jamais la puissance sur ses enfants (2), mais, à la dissolution du mariage, l'éducation des enfants lui est confiée dans les cas indiqués ailleurs (3).

2° Il existe entre parents et enfants légitimes une obligation alimentaire réciproque (4) et les parents sont tenus, sous certaines conditions, de doter leurs enfants (5).

§ 568—(1) D. 37, 10, *de Carbon. ed.*, L. 1, pr.

(2) D. 37, 9, *de ventre in poss. mitt.*, L. 1, § 1, L. 7, § 1 initio. — (3) D. *eod.*, L. 1, pr.

(4) D. 25, 4, *de inspic. ventre custod. partu*, L. 1, § 10 initio, cf. i. f.

(5) PAUL, II, 24, § 5.

(6) D. *h. t.*, 25, 3, L. 1, § 14 initio, cf. § 4. Voyez en ce sens WINDSCHEID, II, § 520, 1°, et note 5.

§ 569—(1) I. 1, 9, *de patr. pot.*, pr.

(2) I. 1, 11, *de adopt.*, § 10 initio. Cf. ci-après § 584, 2°.

(3) Cf. ci-dessus T. II, § 561, et ci-après § 626, 2°. — (4) Cf. ci-dessus T. II, § 540.

(5) Cf. ci-dessus T. II, § 541 et 554, 1° i. f.

3° Les enfants qui veulent se marier, ont parfois besoin du consentement de leurs parents (6) et ceux-ci ont le droit plus ou moins absolu de nommer un tuteur testamentaire à leurs enfants impubères (7).

CHAPITRE II. — DE LA FILIATION ILLÉGITIME.

SECTION I. — DES ENFANTS ILLÉGITIMES EN GÉNÉRAL; § 570.

L'enfant illégitime a pour mère la femme qui lui donne le jour (1) et, vis-à-vis de sa mère, comme de ses parents maternels (2), il est assimilé à un enfant légitime; il existe notamment entre l'enfant illégitime et sa mère une obligation alimentaire réciproque (3) et un droit également réciproque de succession ab intestat (4). Mais l'enfant illégitime n'a point de père (5) ni de parents paternels (6) : ou bien son père est inconnu faute de mariage, ou bien la paternité est légalement impossible à raison d'un adultère ou d'un inceste (7). En général, le père ne peut pas même légitimer ni reconnaître son enfant illégitime (8). Celui-ci n'ayant pas de père naît *sui juris* (9) et suit la condition de sa mère (10).

Semper certa est (*i. e. mater*), etiam si vulgo conceperit (D. 2, 4, *de in jus voc.*, L. 5).

Matrem cogemus praesertim vulgo quaesitos liberos alere nec non ipsos eam (D. *h. t.*, 25, 3, L. 5, § 4).

Sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad

§ 569 — (6) Cf. ci-dessus T. II, § 534, 3°. — (7) Cf. ci-après § 620, 1°.

§ 570 — (1) D. 2, 4, *de in jus voc.*, L. 5 initio. — (2) D. 38, 8, *unde cogn.*, L. 8, L. 2.

(3) D. *h. t.*, 25, 3, L. 5, § 4.

(4) I. 3, 4, *de scto Orf.*, § 3; I. 3, 3, *de scto Tertull.*, § 7. Voyez cependant C. 6, 57, *ad sctum Orf.*, L. 5, pr. et § 1 (L. 5), et C. 5, 5, *de inc. et inut. nupt.*, L. 6, § 5 (L. 6), cbn. avec le surplus de la loi. — (5) I. 1, 10, *de nupt.*, § 12.

(6) Cf. D. 38, 8, *unde cogn.*, L. 4 initio. — (7) D. 1, 5, *de statu hom.*, L. 23.

(8) Arg. Nov. 89, c. 15, pr. initio. — (9) I. 1, 10, *de nupt.*, § 12 initio.

(10) D. 1, 5, *de statu hom.*, L. 19 i. f.

matris hereditatem ex hoc senatus consulto (*i. e. Orfitiano*) admitti (I. 3, 4, *de scto Orf.*, § 3).

Licet autem vulgo quaesitus sit filius filiave, potest ad bona ejus mater ex Tertulliano senatus consulto admitti (I. 3, 3, *de scto Tertull.*, § 7).

Vulgo concepti.. patrem demonstrare non possunt, vel.. possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet (D. 1, 5, *de statu hom.*, L. 23), quasi sine patre filii (I. 1, 10, *de nupt.*, § 12).

Vulgo quaesitus matrem sequitur (D. 1, 5, *de statu hom.*, L. 19).

SECTION II. — DES ENFANTS NATURELS PROPREMENT DITS OU NÉS D'UN CONCUBINAT.

I. Du concubinat; § 571.

D. 25, 7, et C. 5, 26, *de concubinis.*

Le concubinat (*concubinatus*) est une union du sexe analogue au mariage, mais non accompagnée de l'intention d'établir entre conjoints une communauté d'existence[1]. Il dut probablement son origine à la loi *Julia de adulteriis* portée sous le règne d'Auguste[2]. Comme le mariage, il est contracté dans un esprit de perpétuité, quoiqu'il puisse aussi être rompu par la volonté unilatérale de l'un des époux, et il repose sur le principe de la monogamie[3]. Mais, à la différence du mariage, il n'a pas pour but d'établir entre les conjoints une communauté d'existence; c'est l'inégalité qui y règne; la concubine, au lieu d'être l'égale de l'homme, est son inférieure[4]. C'est pourquoi, à défaut d'une déclaration spéciale des parties, on présume le mariage ou le concubinat, selon que la femme est ou non de condition honnête[5]. Le concubinat ne produit pas non plus les effets du mariage à l'égard des époux et des enfants. Il n'y a ni devoir de fidélité

(1) Cf. PAUL, II, 20, § 1 i. f., et D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 3, § 1 i. f.

(2) Arg. D. *h. t.*, L. 3, § 1, et D. 48, 5, *ad leg. Jul. de adult.*, L. 35 (34), pr.

(3) C. *h. t.*, L. un. — (4) Textes de la note 1.

(5) Si l'homme refuse de considérer comme femme légitime sa compagne de condition honnête, il est passible des peines du *stuprum* (D. *h. t.*, L. 3, pr.).

conjugale, ni dot, ni *bonorum possessio unde vir et uxor*, ni prohibition de donner entre époux (6); la concubine n'est pas élevée à la condition de l'homme (7). Quant aux enfants, ils sont illégitimes (8).

II. Droits des enfants naturels proprement dits et de leur père; § 572.

1° L'enfant naturel proprement dit a pour père l'homme qui vivait en concubinat avec sa mère lors de la conception de l'enfant (1); cette paternité se fonde sur le concubinat, par analogie de celle qui résulte du mariage. Entre l'enfant naturel et son père il existe une obligation alimentaire réciproque (2) ainsi qu'un droit limité de succession ab intestat, qui sera indiqué ultérieurement (3). Mais, à raison de l'existence légale d'une filiation naturelle, le père qui a de la postérité légitime, peut seulement laisser à son enfant, par donation ou testament, et réciproquement l'enfant naturel ayant de la postérité légitime peut seulement laisser à son père, dans les limites qui seront fixées plus loin (4).

2° L'enfant naturel peut être légitimé (§ 573-575).

III. De la légitimation des enfants naturels proprement dits.

C. 5, 27, *de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus casibus justi efficiuntur.*

§ 573. *Notion et historique.*

La légitimation (*legitimatio**) est un acte juridique par lequel on rend légitime un enfant simplement naturel. Elle était inconnue à l'époque classique; mais, faute de pouvoir légitimer les enfants naturels, on les adoptait et, par cette voie détournée, on leur conférait les droits des enfants légitimes (1). Ce ne fut que sous le Bas-Empire que la légitimation pénétra dans le droit romain (2) et l'on prohiba en même temps l'adoption des enfants naturels (3).

(6) D. 39, 5, *de donat.*, L. 31, pr. initio. — (7) D. 32, *de leg.* 3°, L. 49, § 4 i. f.
(8) I. 1, 10, *de nupt.*, § 13 initio.
§ 572—(1) Nov. 89, c. 12, § 4 initio. — (2) Arg. Nov. 89, c. 12, § 6, et c. 13.
(3) Nov. 89, c. 12, § 4 et 6, et c. 13. Cf. ci-après § 680, 2°.
(4) Nov. 89, c. 12, § 2-3, et c. 13. Cf. ci-après § 647, I, 3° i. f.
§ 573—(1) Nov. 74, c. 3 initio. — (2) C. *h. t.*, L. 3, L. 5, L. 6, L. 10; Nov. 89, c. 9.
(3) C. *h. t.*, L. 7, § 3 (L. 7 i. f.).

§ 574. *Conditions de la légitimation.*

I. L'enfant qu'il s'agit de légitimer doit être un enfant naturel proprement dit[1].

II. Il doit consentir à la légitimation, car celle-ci le soumet à la puissance paternelle[2].

III. En ce qui concerne la forme, il y a trois modes de légitimation, savoir :

1° Le mariage subséquent des père et mère, pourvu que ceux-ci aient dressé un écrit au sujet de leurs intérêts pécuniaires[3] ; une déclaration spéciale de légitimer est inutile[4].

2° L'obtention d'un rescrit du prince ; cette légitimation suppose que le père est dans l'impossibilité d'épouser la mère ou qu'il a de justes motifs de ne pas l'épouser et en outre qu'il n'a pas d'enfants légitimes[5].

3° L'oblation à la curie ; elle consiste à inscrire le fils naturel dans l'ordre des décurions ou à marier la fille naturelle à un décurion[6].

§ 575. *Effets de la légitimation.*

La légitimation a pour effet d'assimiler l'enfant naturel à un enfant né légitime[1], même vis-à-vis des parents du père[2]. Donc le père acquiert la puissance paternelle sur l'enfant[3] et sur les descendants que ce dernier avait sous sa puissance[4]. Mais la légitimation n'a pas d'effet rétroactif et partant l'enfant légitimé demeure exclu des hérédités qui s'étaient ouvertes dans la famille paternelle avant la légitimation.

§ 574—(1) Nov. 89, c. 15, pr. initio. — (2) Nov. 89, c. 11, pr.
(3) Nov. 89, c. 8, pr. — (4) Arg. du même texte. — (5) Nov. 89, c. 9.
(6) C. *h. t.*, L. 3.
§ 575—(1) C. *h. t.*, L. 10, § 3 (L. 10 i. f.) ; Nov. 89, c. 8, pr. initio, et c. 9, § 1 initio.
(2) Arg. des mêmes textes. Voyez cependant Nov. 89, c. 4.
(3) I. 1, 10, *de nupt.*, § 13. — (4) Arg. I. 1, 11, *de adopt.*, § 11.

CHAPITRE III. — DE L'ADOPTION.

I. 1, 11, D. 1, 7, et C. 8, 47 (48), *de adoptionibus*.

SCHMITT (Chr. Guill.), *Die Lehre von der Adoption*, Iéna, 1825.

§ 576. *Notion et espèces.*

1° L'adoption (*adoptio*) est un acte juridique par lequel on accepte un étranger en qualité d'enfant(1). Anciennement les adoptions étaient fréquentes; elles servaient à faire entrer des cognats dans la famille civile et à légitimer des enfants illégitimes(2). Sous Justinien ces causes de la fréquence des adoptions ont disparu(3).

2° On distingue une dation en adoption ou adoption proprement dite et une adrogation, selon que l'adopté est sous puissance ou *sui juris*(4) (§ 577-580).

SECTION I. — DE LA DATION EN ADOPTION.

§ 577. *Conditions de la dation en adoption.*

1° L'adoptant doit avoir dix-huit ans de plus que l'adopté, car l'adoption imite la nature(1). Lorsqu'une personne est âgée de moins de soixante ans, il lui est seulement permis d'adopter pour des causes graves, sinon l'adoption détournerait du mariage(2). De même celui qui a des enfants procréés en mariage ou adoptifs, ne peut adopter que pour de justes motifs; autrement l'adoption servirait à dépouiller ces enfants(3). L'adoptant doit aussi être mâle et *sui juris*, car l'adoption tend à l'acquisition de la puissance paternelle et celle-ci ne peut appartenir qu'à des mâles *sui juris*(4).

§ 576—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 573.
(3) Cf. ci-dessus T. I, § 45, IV, 2°, et T. II, § 573. — (4) D. *h. t.*, L. 1, § 1.
§ 577—(1) I. *h. t.*, § 4. — (2) Arg. D. *h. t.*, L. 15, § 2.
(3) Arg. D. *h. t.*, L. 17, § 3, L. 15, § 3 initio. Voyez PUCHTA, *Pand.*, § 443, et note v. — (4) I. *h. t.*, pr. et § 10 initio. Voyez cependant ci-après § 582.

2° L'adopté ne peut être un enfant illégitime de l'adoptant (5), sinon l'adoption serait un moyen d'éluder les règles de la légitimation.

3° Il faut le consentement de l'adoptant, de l'adopté et de celui qui donne en adoption (6). Comme l'adoption imite la nature, elle doit être faite à perpétuité, sans terme ni condition (7).

4° Quant à la forme, anciennement l'adoption s'opérait par une cession judiciaire de la puissance paternelle au profit de l'adoptant; c'était un simulacre de revendication; l'adoptant revendiquait l'adopté et, faute de contestation, le magistrat lui donnait gain de cause. Mais, avant de procéder à cette revendication, le père naturel devait dissoudre sa puissance paternelle sur l'enfant, en le mancipant à l'adoptant ou à un tiers, trois fois si c'était un fils, une seule fois si c'était un autre descendant; pour le fils, chacune des deux premières mancipations devait être suivie d'un affranchissement, afin de rendre possible la mancipation subséquente. Si l'enfant avait été mancipé à un tiers, l'adoptant le revendiquait ensuite contre ce tiers, qui l'avait sous son *mancipium*; si c'était à l'adoptant que l'enfant avait été mancipé, comme il ne pouvait le revendiquer contre lui-même, il devait au préalable le remanciper au père naturel, après quoi il le revendiquait contre ce dernier (8). — En droit nouveau, l'adoption se fait par une simple déclaration judiciaire des trois intéressés (9).

Adoptio.. naturam imitatur... Debet itaque is, qui sibi per adrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere (I. *h. t.*, § 4).

§ 578. *Effets de la dation en adoption.*

1° La dation en adoption a pour effet d'assimiler l'adopté à un enfant du sang (1), même vis-à-vis des agnats de l'adoptant; il reste étranger aux cognats de son père adoptif (2); c'est un des

(5) Nov. 74, c. 3. — (6) Cf. D. *h. t.*, L. 5 i. f. — (7) D. *h. t.*, L. 34.
(8) Gaius, I, 134. Cf. ci-après § 589, 2°, et 595, 2°. — (9) C. *h. t.*, L. 11.
(1) D. *h. t.*, L. 1, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 23.

rares vestiges que l'ancienne distinction des agnats et des cognats a laissés dans le droit de Justinien. L'adopté étant assimilé à un enfant du sang prend tous les noms de l'adoptant ; il y ajoute son propre *nomen gentile*; Caius Octavius adopté par Caius Julius Caesar prit le nom de Caius Julius Caesar Octavianus [3]. Mais surtout l'adoptant acquiert la puissance paternelle sur l'adopté [4] et sur les descendants de ce dernier s'ils ont été conçus après l'adoption [5]. Les descendants déjà nés n'étant pas compris dans l'adoption restent sous la puissance de leur aïeul naturel [6]; ceux qui sont simplement conçus lors de l'adoption, tombent en naissant sous la même puissance [7] ; ils y ont intérêt à raison de l'affection plus grande de l'aïeul naturel et partant ils sont réputés nés le jour de la conception.

2° Par rapport à sa famille naturelle, l'adopté subit une petite diminution de tête qui lui fait perdre la qualité d'agnat [8]; mais cette perte n'a guère d'importance dans le droit de Justinien [9].

Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt (D. *h. t.*, L. 1, pr.).

SECTION II. — DE L'ADROGATION.

§ 579. *Règles générales.*

L'adrogation est soumise à la théorie de la dation en adoption [1], sauf les différences suivantes :

1° Elle peut seulement se faire s'il résulte d'une enquête qu'elle est avantageuse à la personne qu'il s'agit d'adroger [2]. L'adrogation exerce en effet une influence décisive sur la situation de l'adrogé; elle le rend *alieni juris*.

(3) Cic., *pro domo* XIII, 35. — (4) I. *h. t.*, pr.
(5) I. 1, 12, *quib. mod. jus pot. solv.*, § 9 i. f.
(6) D. *h. t.*, L. 40, pr. i. f. — (7) I. 1, 12, *quib. mod. jus pot. solv.*, § 9 initio.
(8) D. 38, 10, *de grad.*, L. 4, § 10 initio. — (9) Cf. ci-dessus T. I, § 45, IV, 2°.
(1) I. *h. t.*, § 4.
(2) D. *h. t.*, L. 15, § 2, L. 17, pr. i. f., § 1-2. Voyez encore D. *h. t.*, L. 5, L. 42.

2° L'adrogation s'opérait anciennement par une loi émanée des comices curiates (3). En droit nouveau, le pouvoir souverain ayant passé du peuple à l'empereur, l'adrogation se fait par un rescrit du prince (4).

3° L'adrogeant acquiert la puissance paternelle même sur les descendants que l'adrogé avait sous sa puissance lors de l'adrogation (5); ils sont compris dans celle-ci, parce qu'ils ne forment qu'une seule personne avec l'adrogé.

4° Anciennement, l'adrogeant succédait à titre universel à l'adrogé; il n'en est plus de même sous Justinien (6).

§ 580. *De l'adrogation d'un mineur.*

S'il s'agit d'adroger un mineur, il faut l'autorisation de son tuteur (1) ou le consentement de son curateur (2) et, dans le cas où il a plusieurs tuteurs ou curateurs, il faut, contrairement à une règle générale (3), leur autorisation ou leur consentement unanime (4). Lorsque le mineur est encore impubère, la loi lui accorde plusieurs autres garanties :

1° L'enquête relative à l'adrogation doit se faire avec une sévérité particulière (5).

2° Si, avant d'avoir atteint la puberté, l'adrogé décède ou est émancipé par l'adrogeant, celui-ci doit restituer tous ses biens, dans la première hypothèse, à ceux qui lui auraient succédé sans l'adrogation et, dans la seconde, à l'adrogé lui-même (6). On prévient ainsi une spéculation de l'adrogeant sur la fortune de l'adrogé pour le cas de décès ou d'émancipation de ce dernier.

3° Si, par contre, l'adrogeant décède avant que l'adrogé ait atteint l'âge de la puberté, l'adrogé, à moins d'avoir été émancipé pour un juste motif, peut réclamer, indépendamment de la resti-

§ 579—(3) Gaius, I, 99 initio. — (4) C. *h. t.*, L. 6. — (5) I. *h. t.*, § 11.
(6) Cf. ci-dessus T. I, § 52, III.
§ 580—(1) C. 5, 59, *de auct. praest.*, L. 5, § 1-2 (L. 5 i. f.) — (2) D. *h. t.*, L. 8.
(3) Cf. ci-après § 632, I initio. — (4) C. 5, 59, *de auct. praest.*, L. 5, § 1-8 (L. 5 i. f.).
(5) I. *h. t.*, § 3 initio. Voyez encore C. *h. t.*, L. 2, pr. initio (L. 2 initio).
(6) I. *h. t.*, § 3, v[is] et cum quibusdam condicionibus........ reddat.

tution de ses biens propres, une légitime spéciale par rapport à l'hérédité de l'adrogeant. Cette légitime est du quart de la succession(7); elle lui fut accordée par Antonin le Pieux; de là le nom de Quarte Antonine (*Quarta divi Pii**).

SECTION III. — DE QUELQUES ADOPTIONS AFFAIBLIES.

§ 581. *De l'adoption faite par un non-ascendant.*

1° Avant la Novelle 118, l'enfant sous puissance donné en adoption succédait ab intestat à son père naturel si, au décès de ce dernier, il avait été émancipé par l'adoptant; il était exclu s'il se trouvait encore dans sa famille adoptive. Cette exclusion était compensée par un droit certain de succession vis-à-vis de l'adoptant lorsque celui-ci était un ascendant; l'adopté héritait de son ascendant malgré une émancipation subséquente. Mais, si l'adoptant n'était pas un ascendant, une émancipation le privait également de la succession du père adoptif(1). Ces considérations déterminèrent Justinien, encore avant la Novelle 118, à admettre seulement une *adoptio minus plena** lorsqu'un enfant sous puissance était donné en adoption à un non-ascendant. Il décida que cet enfant serait maintenu sous la puissance et dans la famille de son père naturel, de manière à y conserver tous ses droits(2). Il est simplement considéré comme l'enfant de l'adoptant et hérite de lui ab intestat(3). Mais l'adoptant peut l'exhéréder(4), lui-même n'a pas de droit réciproque de succesion ab intestat(5) et l'adopté reste étranger aux parents de l'adoptant(6).

2° Depuis la Novelle 118, l'enfant sous puissance donné en adoption à un non-ascendant hérite de son père naturel, comme descendant du sang, même lorsque au décès de ce dernier il se trouve

(7) § 3 i. f., cit.
(1) Gaius, II, 136 i. f. et 137. Cf. ci-après § 673, 1° initio.
(2) C. *h. t.*, L. 10, pr., § 1d i. f., et § 1f (L. 10, pr. et § 1).
(3) L. 10 cit., § 1e (§ 1). — (4) L. 10 cit., § 1d (§ 1).
(5) Arg. L. 10 cit., § 1e et § 1f (§ 1). — (6) L. 10 cit., § 1f (§ 1).

encore dans la famille adoptive (7). Dès lors, si l'enfant était donné en adoption à un non-ascendant, il était inutile, pour lui assurer l'hérédité de son père naturel, de le maintenir dans la famille de celui-ci et de restreindre les effets de l'adoption. L'*adoptio minus plena* n'avait donc plus de raison d'être ; elle n'est pas moins restée en vigueur.

§ 582. *De l'adoption faite par une femme.*

En principe, les femmes sont incapables d'adopter, faute de pouvoir acquérir la puissance paternelle (1). Mais Dioclétien et Maximien leur permirent de faire une adoption par un rescrit impérial, si elles avaient perdu leurs enfants du sang (2). La personne adoptée par la femme demeure dans son ancienne famille et reste étrangère aux parents de l'adoptante. L'adoption crée seulement entre l'adopté et l'adoptante une parenté personnelle, qui donne lieu à un droit réciproque d'hérédité ab intestat ainsi qu'à une légitime (3).

(7) Cf. ci-après § 676, 1°.
(1) I. *h. t.*, § 10 initio. — (2) § 10 i. f., cit. — (3) Arg. C. *h. t.*, L. 5 i. f.

TITRE III.

DES PUISSANCES.

§ 583. *Observations préliminaires.*

L'ancien droit romain connaissait quatre puissances sur les personnes, à savoir la puissance paternelle, la puissance dominicale, la *manus* et le *mancipium*. La *manus* était une variété de la puissance paternelle, et le *mancipium* une modalité de la puissance dominicale; ni l'une ni l'autre n'ont passé dans la législation de Justinien.

CHAPITRE I. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

I. 1, 9, *de patria potestate.* — D. 1, 6, *de his qui sui vel alieni juris sunt.* C. 8, 46 (47), *de patria potestate.*

LEDERLIN, *La puissance paternelle d'après les principes du droit romain*, Strasbourg, 1854.

§ 584. *Notions générales.*

La puissance paternelle (*patria potestas*) est l'ensemble des droits qui appartiennent au père de famille sur la personne et sur les biens de ses enfants légitimes[1].

1° D'après le droit naturel, la puissance paternelle est un pouvoir accordé aux parents, dans le but de leur permettre d'élever

(1) Cf. I. *h. t.*, pr.

leurs enfants; c'est un corollaire du devoir d'éducation qui leur incombe. Dès lors la puissance paternelle doit appartenir à la mère comme au père, car l'un et l'autre ont pour mission d'élever leurs enfants; seulement la mère ne doit exercer la puissance qu'à défaut du père, donc si celui-ci est décédé, absent ou frappé d'aliénation mentale. Ensuite la puissance paternelle doit cesser, avec le devoir d'éducation, lorsque les enfants ont atteint l'âge de la majorité. Enfin, il convient d'accorder seulement aux parents les droits qui leur sont nécessaires en vue de l'éducation des enfants.

2° A Rome, la puissance paternelle avait un caractère différent; elle était établie dans l'intérêt du père, elle constituait pour lui un droit propre et indépendant (2). Elle n'appartenait qu'au père, jamais à la mère (3). Elle était perpétuelle; l'enfant y demeurait soumis quel que fût son âge, à moins qu'il ne plût au père de l'émanciper. De plus, jusqu'à l'époque classique, le père avait des droits à peu près absolus sur la personne et sur les biens de ses enfants (4); mais, dans la législation de Justinien, on lui a enlevé presque complètement ses prérogatives excessives et son pouvoir a été en général renfermé dans de justes limites (5).

Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum : nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus (I. *h. t.*, § 2).

SECTION I. — DE L'ACQUISITION DE LA PUISSANCE PATERNELLE; § 585.

La puissance paternelle s'acquiert :

1° Par la procréation d'enfants en mariage valable (1). Mais il faut que le père soit *sui juris*; s'il s'est marié sans avoir été émancipé, il est resté sous puissance malgré le mariage et ses enfants tombent sous la puissance de son propre chef de famille (2);

§ 584 – (2) I. *h. t.*, § 2. — (3) I. 1, 11, *de adopt.*, § 10 initio.
(4) Cf. ci-après § 586, 589 et 591, 1°.
(5) Cf. ci-après § 587, 588, 590, 591, 2°-3°, et 592.
§ 585 – (1) I. *h. t.*, pr. — (2) I. *h. t.*, § 3 initio.

on ne comprend pas qu'étant soumis au pouvoir d'autrui il exerce le même pouvoir sur ses enfants. De cette façon le père de famille a sous sa puissance ses enfants, ses petits-enfants nés de ses *fils*, les arrière-petits-enfants nés des *fils* de ses *fils*, en un mot tous ses descendants par des mâles[3]. Quant aux petits-enfants nés d'une fille, ils sont soumis à la puissance de leur père s'il est *sui juris*[4] et, dans le cas contraire, à celle de leur aïeul paternel[5], jamais à la puissance de leur aïeul maternel[6]; on suit une règle analogue pour tous les autres descendants par des femmes. — Comme la puissance paternelle est un droit fondé sur le *jus civile*[7], anciennement on ne l'acquérait pas sur des enfants issus d'un mariage naturel[8] et, dans la législation de Justinien qui ne connaît plus qu'un mariage civil, le père pérégrin est encore incapable d'avoir la puissance paternelle sur ses enfants légitimes[9].

2° Par la légitimation (§ 573-575).

3° Par l'adoption (§ 576-580).

Qui.. ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est : item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, aeque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris ejus (I. *h. t.*, § 3).

SECTION II. — DES EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

I. Principes fondamentaux.

§ 586. *Ancien droit.*

L'enfant sous puissance jouissait pleinement des droits politiques[1]. Mais, au point de vue du droit privé, il était censé ne

(3) § 3 cit. — (4) § 3 i. f., cit. — (5) § 3 initio, cit. — (6) § 3 i. f., cit.
(7) I. *h. t.*, § 2.
(8) Arg. GAIUS, I, 56, et ULPIEN, X, 3. Cf. ci-dessus T. II, § 532, 2°.
(9) I. *h. t.*, § 2.
(1) D. *h. t.*, L. 9.

former qu'une seule personne avec son père de famille; celui-ci absorbait la personnalité de l'enfant(2).

1° Cette unité de personne en faveur du chef de famille conduisait logiquement à l'unité de patrimoine à son avantage; le père étant la seule personne de la famille devait aussi être le seul propriétaire. L'enfant sous puissance n'avait rien en propre; tout ce qu'il acquérait tombait dans le patrimoine de son chef(3). N'ayant ni personnalité propre ni biens personnels, il devait aussi être incapable de tester(4). D'autre part, à raison de l'unité de personne, l'enfant avait déjà du vivant du père la propriété latente des biens paternels(5). Le décès du père ne faisait que rendre cette propriété effective; à vrai dire, l'enfant ne recueillait donc pas l'hérédité paternelle, il continuait une propriété antérieure(6). Dès lors il ne pouvait être question d'une renonciation à l'hérédité paternelle; celle-ci était acquise forcément à l'enfant(7).

2° Aucun acte juridique, et spécialement aucune convention(8) ou action(9), ne pouvait intervenir entre le père de famille et ses enfants sous puissance; ces personnes étaient censées n'en former qu'une seule et il est impossible de conclure un acte juridique avec soi-même(10).

3° Les enfants sous puissance stipulaient valablement pour leur père de famille(11); à raison de l'unité de personne, ce dernier était considéré comme faisant lui-même la stipulation par l'intermédiaire des enfants(12).

In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existi-

(2) C. 6, 26, *de impub. et de al. substit.*, L. 11, § 1 (L. 11 i. f.).

(3) Gaius, II, 87 initio. — (4) Ulpien, XX, 10 initio.

(5) D. 28, 2, *de lib. et post.*, L. 11 initio. — (6) L. 11 cit. — (7) Gaius, II, 157 i. f.

(8) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6 initio; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 2, pr.; D. 41, 6, *pro don.*, L. 1, § 1. — (9) D. 5, 1, *de jud.*, L. 4.

(10) D. 47, 2, *de furt.*, L 16 i. f. Voyez cependant ci-dessus T. II, § 329, 2°.

(11) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38, § 17 initio.

(12) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 393, III, 2°.

mantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt (D. 28, 2, *de lib. et post.*, L. 11).

Inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris, qui juri tuo subjectus est (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6).

Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si.. filius patri stipuletur (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38, § 17), quia.. filii vox tamquam tua intellegitur (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4).

§ 587. *Réformes.*

1° Sous l'empire, les enfants sous puissance devinrent successivement capables d'avoir en propre un pécule *castrense*, un pécule *quasi castrense* et un pécule adventice, qui finit par comprendre des acquisitions quelconques[1]. En ce qui concerne les deux premiers pécules, les enfants furent même réputés avoir une personnalité propre, distincte de celle de leur père de famille[2], et partant on leur permit, quant à ces pécules, de faire un testament[3] et des actes juridiques avec leur père[4].

2° Le préteur leur accorda le bénéfice d'abstention par rapport à l'hérédité paternelle[5].

§ 588. *Dernier état du droit romain.*

Sous Justinien les enfants sous puissance continuent à ne former qu'une seule personne avec leur père de famille[1]. Mais les effets du principe sont affaiblis, surtout par suite de la capacité générale des enfants sous puissance d'acquérir pour eux-mêmes. L'unité de

§ 587—(1) Cf. ci-après § 591, 2°-3°.
(2) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 2 i. f., et arg. de ce texte.
(3) I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, pr.
(4) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 2, pr.; D. 5, 1, *de jud.*, L. 4, et arg. de ces textes.
(5) Gaius, II, 158. Cf. ci-après § 693.
§ 588—(1) C. 6, 26, *de impub. et de al. substit.*, L. 11, § 1 (L. 11 i. f.).

personne produit encore entre autres les conséquences suivantes :

1° A moins qu'il ne s'agisse du pécule *castrense* ou *quasi castrense*, l'enfant sous puissance ne peut ni tester (2), ni conclure un acte juridique avec son père de famille (3).

2° Il stipule valablement pour son père de famille (4).

II. Des droits du père de famille sur la personne de ses enfants.

§ 589. *Ancien droit.*

Anciennement le père de famille avait un pouvoir à peu près absolu sur la personne de ses enfants sous puissance ; il jouissait des prérogatives les plus exorbitantes.

1° Il exerçait sur ses enfants une juridiction criminelle illimitée, à tel point qu'il pouvait leur infliger la peine de mort (1).

2° Il avait le droit de les vendre (2). Cette vente s'opérait par une mancipation (3), qui faisait passer l'enfant sous le *mancipium* de l'acheteur (4). Si c'était un fils, l'affranchissement du *mancipium* le soumettait de nouveau à la puissance de son père et il pouvait être vendu une seconde et une troisième fois ; après la troisième vente, l'enfant était libéré de la puissance paternelle (5). Si c'était un descendant autre qu'un fils, cette libération lui était déjà acquise après la première vente (6). Les jurisconsultes romains avaient admis cette distinction, en interprétant restrictivement la loi des Douze tables, qui déclarait libéré de la puissance paternelle le *fils* vendu trois fois par son père ; on en conclut qu'une seule vente suffisait pour les autres descendants (6). — Lorsqu'un enfant sous puissance avait commis un délit privé, son père de famille en était responsable, sauf qu'il avait la faculté de faire l'abandon

§ 588—(2) I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, pr.

(3) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6 initio ; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 2, pr. ; D. 41, 6, *pro don.*, L. 1, § 1. — D. 5, 1, *de jud.*, L. 4.

(4) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38, § 17 initio.

§ 589—(1) TITE-LIVE, I, 26, II, 41.

(2) DENYS D'HAL., II, 27 ; PLUTARQUE, *Numa* 17. — (3) GAIUS, I, 117.

(4) Cf. CIC., *de orat.* I, 40 initio, et *pro Caecina* 34 initio.

(5) GAIUS, I, 132 ; DENYS D'HAL., II, 27. — (6) GAIUS, I, 132 initio.

noxal de l'enfant[7]. Cet abandon s'opérait aussi par une mancipation[8].

3° Le père de famille pouvait exposer ses enfants[9].

§ 590. *Droit de Justinien.*

Ces pouvoirs excessifs furent enlevés au père de famille, déjà en partie à l'époque classique[1]; toutefois le père indigent conserva le droit de vendre son enfant nouveau-né[2]. Les autres droits du père de famille sur la personne de ses enfants sous puissance sont les suivants :

1° Il a un droit de correction sur les enfants; il peut leur infliger des peines domestiques[3]. Des peines proprement dites ne peuvent être prononcées que par les tribunaux[4].

2° Si les enfants sont impubères, ils sont tenus de résider chez leur père de famille[5], dont le domicile est aussi de plein droit le leur[6]. Devenus pubères ils sont libres de choisir une autre résidence[7]. Quel que soit leur âge, s'ils sont retenus par un tiers, le père peut les réclamer par la revendication[8] ou par l'interdit *de liberis exhibendis et ducendis*[9].

3° Les enfants sous puissance ne peuvent se marier sans le consentement du père de famille[10].

4° S'ils sont impubères, le père a le droit de leur nommer un tuteur testamentaire[11].

§ 589—(7) Gaius, IV, 75. Cf. ci-dessus T. II, § 499, 1° i. f. — (8) Gaius, IV, 79.
(9) Plaute, *Amphitruo* I, 3, v. 3.

§ 590—(1) D. 48, 8, *ad leg. Corn. de sic.*, L. 2. — C. 4, 43, *de patr. qui fil. distr.*, L. 1; I. 4, 8, *de nox. act.*, § 7. — D. 25, 3, *de agnosc. et al. lib.*, L. 4; C. 8, 51 (52), *de infant. expos.*, L. 2, pr. (L. 2 initio).

(2) C. 4, 43, *de patr. qui fil. distr.*, L. 2.

(3) C. *h. t.*, L. 3 initio; C. 9, 15, *de emend. propinq.*, L. un., pr. et § 1 (L. un.).

(4) L. un. cit., § 2 (L. un. i. f.).

(5) Arg. D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 1, pr. et § 1.

(6) Cf. ci-dessus T. I, § 49, 1, 3°. — (7) Arg. D. 50, 1, *ad munic.*, L. 3, L. 4, L. 6, § 1.

(8) D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 1, § 2 i. f. — (9) D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 1, pr., L. 3, pr.

(10) I. 1, 10, *de nupt.*, pr. initio.

(11) I. 1, 13, *de tut.*, § 3 initio. Cf. ci-après § 620, 1°.

III. Des droits du père de famille sur les biens de ses enfants.

C. 6, 61, *de bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur...*

§ 591. *Historique.*

1° Sous la république, les enfants sous puissance étaient absolument incapables d'avoir un patrimoine propre; tout ce qu'ils acquéraient devenait la propriété de leur père de famille(1). A la vérité, dès cette époque le père abandonnait souvent à ses fils l'administration de certains biens; ceux-ci formaient le pécule par excellence des enfants, le *peculium* sans épithète (2); les modernes, d'après l'analogie de la dot adventice(3), l'ont appelé pécule profectice. Mais les biens dont il s'agit étaient la propriété du père; l'enfant n'était à leur égard qu'un simple représentant(4).

2° La capacité d'acquérir des enfants sous puissance date de l'empire. Il se forma successivement trois pécules : le pécule *castrense*, le pécule *quasi castrense* et le pécule adventice, que les modernes ont ainsi nommé parce qu'il ressemble à la dot adventice; le premier date d'Auguste(5), le second d'Adrien(6), le troisième de Constantin 1er (7). Le pécule *castrense* et le pécule *quasi castrense* comprenaient respectivement les biens acquis par le fils de famille à cause(8) ou à l'occasion(9) du service militaire et les biens qu'il acquérait soit comme fonctionnaire public(10), soit à cause(11) ou à l'occasion(12) d'une profession libérale. Avant Justinien, le pécule adventice comprenait les gains nuptiaux de l'enfant(13) ainsi que les biens acquis à titre gratuit d'un ascen-

(1) Gaius, II, 87 initio. — (2) D. 15, 1, *de pec.*, L. 5, § 3, cf. § 4.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 543.
(4) Arg. C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 10.
(5) I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, pr. initio.
(6) D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 52 (50). — (7) C. 6, 60, *de bon. matern.*, L. 1.
(8) Paul, III, 4A, § 3 i. f. — (9) Paul, l. c.; D. 49, 17, *de castr. pec.*, L. 11.
(10) C. 3, 28, *de inoff. testam.*, L. 37, § 1e (pr.).
(11) L. 37 cit., § 1e, § 1f et § 1g (pr. i. f. et § 1).
(12) C. 2, 7, *de adv. div. jud.*, L. 4.
(13) C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio). Cf. ci-dessus T. II, § 562.

dant maternel[14]. Au décès de l'enfant et à défaut d'un testament relatif aux pécules *castrense* et *quasi castrense*[15], le père recueillait les biens de l'enfant, non pas en vertu du droit d'hérédité, mais *jure peculii*, comme une sorte de propriété personnelle fondée sur l'unité de personne[16] et partant les créanciers de l'enfant pouvaient seulement poursuivre le père par l'*actio de peculio* jusqu'à concurrence de l'actif[17].

3° Justinien fit une réforme capitale; il consacra le principe absolu de la capacité d'acquérir des enfants sous puissance. En droit nouveau, ceux-ci deviennent propriétaires de tous les biens dont ils font l'acquisition[18], pourvu qu'ils la fassent en nom propre; car, s'ils acquièrent comme représentants du père et notamment avec les deniers du pécule profectice, il est évident que l'acquisition doit profiter au père[18]. Par suite de la réforme de Justinien, le pécule adventice est devenu le pécule général des enfants sous puissance; il comprend tous leurs biens, à l'exception de ceux que des dispositions spéciales ont attribués au pécule *castrense* ou au pécule *quasi castrense*. Quant à la succession ab intestat de l'enfant sous puissance, elle se défère comme celle d'une personne *sui juris;* le père de famille ne peut plus y prétendre *jure peculii* [19].

§ 592. *Droit de Justinien.*

I. En général, le père de famille a l'usufruit des biens de ses enfants sous puissance[1]. Sont soustraits à l'usufruit paternel :

1° Le pécule *castrense* et le pécule *quasi castrense*[2].

2° Certains biens adventices auxquels on a donné le nom de pécule adventice irrégulier. Tels sont entre autres les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition que le père n'en aura pas

(14) C. 6, 60, *de bon. matern.*, L. 1, pr. (L. 1 initio), L. 2.
(15) I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, pr.
(16) C. 12, 36 (37), *de castr. pec.*, L. 5.
(17) D. 49, 17, *de castr. pec.*, L. 17, pr. initio.
(18) I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 1. — (19) Nov. 118, c. 1 initio.
(1) C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6, pr.). — (2) L. 6 cit., § 1ᵃ (L. 6, pr. i. f.).

l'usufruit[3] et les choses, notamment les hérédités, acquises par l'enfant contre le gré du père[4]; en refusant de consentir à l'acquisition, le père renonce virtuellement à son usufruit.

II. Le père de famille jouit de plusieurs avantages sur l'usufruitier ordinaire :

1° Il est dispensé de la caution usufructuaire[5], parce que son affection présumée pour l'enfant est considérée comme une garantie suffisante.

2° Il n'est pas tenu de conserver la substance des biens[6]. Mais il doit gérer en bon père de famille, il répond de toute faute[7] et même, dans le cas de négligence grave, l'administration des biens peut lui être enlevée[8], son droit d'usufruit demeurant intact. Il va de soi que, faute d'être propriétaire, il n'a pas le pouvoir d'aliéner les biens de l'enfant sans le consentement de celui-ci[9].

3° Quoique les autres nus propriétaires soient libres d'aliéner leur nue propriété par leur seule volonté, l'enfant ne peut aliéner la sienne sans le consentement du père[10]. On a considéré que celui-ci était intéressé à avoir pour nu propriétaire son enfant plutôt qu'un étranger; de fait l'enfant usera d'une plus grande tolérance vis-à-vis de son père.

(3) Nov. 117, c. 1, pr.

(4) C. *h. t.*, L. 8, § 1 (L. 8, pr.). Voyez encore Nov. 118, c. 2.

(5) C. *h. t.*, L. 8, § 4ᵈ initio (§ 4).

(6) Arg. C. *h. t.*, L. 6, § 2 et 2ᵃ (§ 2 initio).

(7) C. 6, 60, *de bon. matern.*, L. 1, § 1 (L. 1); C. *h. t.*, L. 8, § 4, 4ᵃ et 4ᵈ initio (§ 4). Voyez en ce sens Windscheid, II, § 517, 1°, et note 5. Cf. Maynz, III, § 331, C, et note 33.

(8) C. 9, 51, *de sent. passis et restit.*, L. 13, § 2ᵃ et 2ᵇ (§ 2). Voyez en ce sens Windscheid, II, § 517, 1°, et note 5ᵃ. Contra Vangerow, I, § 237, *Anm.* 1, c.

(9) C. *h. t.*, L. 8, § 5 (§ 5 initio). — (10) L. 8 cit., § 5ᵃ (§ 5 i. f.).

IV. Capacité des enfants sous puissance et droits de leurs créanciers.

I. 4, 7, D. 14, 5, et C. 4, 26, *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.*

§ 593. *De la capacité des enfants sous puissance.*

I. Dans le nouveau droit romain, les enfants sous puissance ont généralement la même capacité que les personnes *sui juris*(1); mineurs, ils sont frappés de la même incapacité; majeurs, ils sont pleinement capables. Toutefois il y a certains actes juridiques qu'ils ne peuvent faire quel que soit leur âge.

1° A moins qu'il ne s'agisse de leur pécule *castrense* ou *quasi castrense*, ils sont incapables de tester(2) et de conclure des actes juridiques avec leur père de famille (3).

2° En vertu du sénatus-consulte Macédonien porté sous le règne de Claude, les enfants sous puissance sont incapables d'emprunter de l'argent(4). Cette incapacité avait pour but d'empêcher les enfants d'être exploités et favorisés dans leurs dissipations par des usuriers(5) et aussi de prémunir la vie du père contre des attentats de la part de ses enfants obérés(6); ce fut le meurtre d'un père de famille par son fils Macedo qui donna lieu au sénatus-consulte(7). L'enfant qui emprunte de l'argent, n'est pas tenu civilement de le restituer(8); il peut repousser le prêteur par l'*exceptio senatus consulti Macedoniani*(9), même après être devenu *sui juris*(10). L'exception appartient aussi à ses héritiers(11) et à ses intercédants s'ils disposent d'un recours contre l'enfant(12); autrement celui-ci n'aurait pas profité de son bénéfice.

(1) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 39.
(2) I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, pr.
(3) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6 initio; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 2, pr.; D. 41, 6, *pro don.*, L. 1, § 1. — D. 5, 1, *de jud.*, L. 4. — (4) I. *h. t.*, § 7 initio.
(5) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 1, pr. initio. — (6) I. *h. t.*, § 7 i. f.
(7) Théophile, *Paraphrase des* I. *h. t.*, § 7 initio.
(8) I. *h. t.*, § 7 initio. — (9) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 7, § 4 i. f.
(10) I. *h. t.*, § 7. — (11) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 7, § 10.
(12) D. *eod.*, L. 9, § 3 initio.

Mais l'enfant a du moins l'obligation naturelle de restituer l'argent emprunté [13], car il s'en est enrichi aux dépens du prêteur, et partant, s'il rembourse volontairement le prêt, il n'est pas admis à répéter [14].

II. Lorsque, par application de ces règles, l'enfant est incapable, son père de famille doit gérer à sa place [15]. A raison de l'unité de personne, l'enfant ne peut conclure l'acte avec l'autorisation [16] ou le consentement [17] du père ; on ne conçoit pas qu'on s'autorise soi-même, qu'on consente à ses propres actes. Toutefois, le père peut consentir à l'acceptation [18] ou à la répudiation [19] d'une hérédité ; en effet, par suite de l'unité de personne, il est censé être lui-même appelé à la succession et l'accepter ou la répudier pour son propre compte [20].

Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest (D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 39).

§ 594. *Des droits des créanciers des enfants sous puissance.*

Les créanciers de l'enfant sous puissance ont avant tout action contre leur débiteur. Mais, tant que dure la puissance paternelle, ils ne peuvent faire vendre les biens adventices réguliers ; comme il est interdit à l'enfant d'aliéner ces biens sans le consentement du père, il ne peut pas davantage conférer à ses créanciers le

(13) D. *eod.*, L. 10. — (14) D. *eod.*, L. 9, § 3 i. f.

(15) C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 18, pr. Cependant le père ne peut faire le testament de l'enfant que si celui-ci est impubère et pour le cas où il décéderait dans l'impuberté (I. 2, 16, *de pupill. substit.*, pr.) et la gestion paternelle est exclue quant aux actes à conclure entre le père et l'enfant.

(16) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 10 i. f. — (17) Arg. du même texte.

(18) C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 18, § 4. — (19) Arg. D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 18.

(20) Arg. D. *eod.*, L. 8, § 1. Cf. Ortolan, III, nº 1356, note 1. D'autre part, le prêt d'argent fait à l'enfant devient valable si le père y consent (C. 4, 28, *ad sctum Maced.*, L. 2), parce que la défaveur qui s'y attache disparaît par suite de l'intervention du père.

pouvoir de les faire vendre (1). Le père de famille lui-même est parfois tenu vis-à-vis des créanciers de l'enfant, à savoir :

1° Si la dette a été contractée d'après les instructions du père. Dans ce cas, les créanciers disposent de l'action *Quod jussu* (2). Ils peuvent encore exercer contre le père l'action exercitoire, l'action institoire ou l'action quasi-institoire, dans les mêmes circonstances que tous autres créanciers d'un mandataire proprement dit (3). Enfin, si le père a chargé l'enfant de faire un négoce avec des biens du pécule profectice, ils peuvent par l'action tributoire exiger du père la répartition du fonds commercial entre eux et le père en proportion du montant de leurs créances respectives (4).

2° Si l'enfant a contracté la dette comme simple gérant d'affaires. Conformément à la théorie du quasi-contrat de gestion d'affaires, les créanciers ont contre le père l'action *de in rem verso* (5).

3° Si le père a confié à l'enfant un pécule profectice. Il est alors tenu de toutes les dettes de l'enfant, fussent-elles étrangères au pécule (6), mais seulement jusqu'à concurrence du pécule (7), déduction faite de ses propres créances contre l'enfant (8); on admet que les tiers ont contracté en vue du pécule. L'action ouverte à cette fin est l'*actio de peculio*.

Toutes les actions des tiers contre le père de famille sont des *actiones adjectitiae qualitatis** dans le sens expliqué précédemment (9).

(1) Cf. D. 49, 17, *de castr. pec.*, L. 7, et ci-dessus § 592, II, 3°.

(2) I. *h. t.*, pr. et § 1 ; D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, § 1 et 3.

(3) I. *h. t.*, pr. et § 2; arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 25, v[is] Si procurator....... mandavit. Cf. ci-dessus T. II, § 431-432. — (4) I. *h. t.*, pr. et § 3.

(5) I. *h. t.*, pr. et § 4, 4[a] et 4[b] initio (§ 4). Cf. ci-dessus T. II, § 475, 1°.

(6) Arg. C. *h. t.*, L. 1 initio. — (7) I. *h. t.*, pr. et § 4 (4 initio).

(8) I. *h. t.*, pr. et § 4[c] initio (§ 4). — (9) T. II, § 431.

SECTION III. — DE L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

I. 1, 12, *quibus modis jus potestatis solvitur.*

D. 1, 7, *de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur.*
C. 8, 48 (49), *de emancipationibus liberorum.*

§ 595. *Des causes d'extinction.*

1° La puissance paternelle s'éteint par le décès du père de famille ou de l'enfant, sauf que, au décès de l'aïeul, les petits-enfants nés d'un fils resté en vie et dans la famille retombent sous la puissance de leur père(1). A la mort naturelle du père ou de l'enfant équivalent leur grande(2) et leur moyenne(3) diminution de tête; ce sont des morts civiles, car la puissance paternelle étant fondée sur le droit civil peut seulement appartenir à des citoyens romains et s'exercer sur ceux-ci. Dans le cas d'une captivité de guerre du père ou de l'enfant, si le captif mourait chez l'ennemi, la puissance paternelle était réputée éteinte dès le commencement de la captivité, en vertu de la fiction de la loi *Cornelia*; si le prisonnier rentrait à Rome, la puissance paternelle était censée, par suite du droit de retour, avoir toujours persisté(4).

2° L'émancipation met aussi fin à la puissance du père de famille(5) et l'on y recourait d'autant plus fréquemment à Rome que cette puissance était perpétuelle. La loi des Douze tables ne s'occupait pas de l'émancipation des enfants sous puissance; elle se bornait à décider que le père qui vendrait son fils trois fois serait déchu de la puissance paternelle, et l'on avait admis que les autres descendants en étaient libérés dès la première vente(6). Il y avait là un moyen d'affranchir les enfants de la puissance paternelle et on l'utilisa. On vendait l'enfant pour la forme, trois fois si c'était un fils, une seule fois si c'était un autre descendant;

(1) I. *h. t.*, pr. — (2) I. *h. t.*, § 3. — (3) I. *h. t.*, § 1.
(4) I. *h. t.*, § 5. Cf. ci-dessus T. I, § 52, I. — (5) I. *h. t.*, § 6 initio.
(6) Cf. ci-dessus T. II, § 589, 2°.

pour le fils, chacune des deux premières ventes devait être suivie d'un affranchissement du *mancipium*, afin de rendre possible la mancipation subséquente[7]. Après la dernière vente, la puissance paternelle était éteinte, mais l'enfant était soumis au *mancipium* de l'acheteur[8]; celui-ci, pour le rendre *sui juris*, devait encore l'affranchir du *mancipium*[9]; il en prenait l'engagement par un contrat de fiducie et acquérait sur l'enfant affranchi le quasi-patronat, qui lui conférait la tutelle de l'enfant impubère[10]. Pour ce motif, le père avait l'habitude de stipuler par fiducie que l'enfant lui serait revendu par l'acheteur[11] et alors il acquérait lui-même le quasi-patronat[12]. — Justinien abrogea ce système compliqué et décida que l'émancipation se ferait par une simple déclaration judiciaire du père et de l'enfant[13]; l'enfant peut aussi être émancipé par un rescrit impérial[14]. Mais il doit consentir à l'émancipation[15], car il a parfois intérêt à rester sous puissance. En ce qui concerne les enfants de l'émancipé, ceux dont la conception est postérieure à l'émancipation, tombent sous sa puissance[16]. Les enfants déjà nés n'étant pas compris dans l'émancipation, demeurent sous la puissance de leur aïeul[17] et ceux qui sont simplement conçus lors de l'émancipation, tombent en naissant sous la même puissance[18]; ils y ont intérêt à raison de l'expérience plus grande de l'aïeul et de la durée normalement moins longue de sa puissance; ils sont donc réputés nés le jour de leur conception.

3° Le père de famille perd encore sa puissance lorsqu'il donne l'enfant en adoption à un ascendant, mais l'adopté passe sous la puissance de l'adoptant[19]. De même l'adrogé ou l'enfant naturel légitimé perd la puissance sur ses propres descendants; ceux-ci tombent sous la puissance de l'adrogeant ou du père qui a légitimé[20].

(7) Gaius, I, 132. — (8) Gaius, I, 132 i. f. — (9) Ulpien, X, 1 initio.
(10) Cf. ci-après § 616, 2°. — (11) Cf. Gaius, I, 172. — (12) Cf. I. *h. t.*, § 6 i. f.
(13) C. *h. t.*, L. 6. — (14) C. *h. t.*, L. 5. — (15) L. 5 i. f., cit. — (16) I. *h. t.*, § 9 i. f.
(17) Arg. § 9 cit., initio. — (18) § 9 cit., initio. — (19) I. *h. t.*, § 8.
(20) I. 1, 11, *de adopt.*, § 11, et arg. de ce texte.

§ 596. *Effets de l'extinction de la puissance paternelle.*

1° Avec la puissance paternelle s'éteignent les droits du père de famille sur la personne et sur les biens de ses enfants, sauf que, dans le cas d'émancipation, le père conserve la moitié de son usufruit légal sur les biens de l'enfant (1); s'il l'avait perdu pour le tout, on l'aurait détourné de l'émancipation. Par contre, l'émancipé acquiert le pécule profectice en vertu d'une donation tacite, si le père ne le lui retire point lors de l'émancipation (2). Il se peut aussi que l'enfant libéré de la puissance de son père de famille passe sous celle d'une autre personne.

2° Lorsque la puissance paternelle s'éteint par émancipation, par adoption ou par légitimation, l'enfant subit une petite diminution de tête, qui lui fait perdre la qualité d'agnat dans son ancienne famille (3); mais cette règle n'a guère de signification pratique sous Justinien (4).

CHAPITRE II. — DE LA PUISSANCE DOMINICALE.

§ 597. *Notions générales.*

La puissance dominicale (*dominorum potestas*) est en réalité un droit de propriété que le maître exerce sur son esclave (1). Les Romains reconnaissent que cette institution est contraire au droit naturel (2) et ils tempérèrent un peu sa rigueur, en refusant au maître quelques-unes des prérogatives ordinaires de la propriété et en montrant une certaine tolérance à l'égard des esclaves (3).

§ 596—(1) I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 2.
(2) Arg. D. 39, 5, *de donat.*, L. 31, § 2.
(3) D. 4, 5, *de cap. min.*, L. 3, pr. et § 1 initio; D. 38, 10, *de grad.*, L. 4, § 10 initio. — (4) Cf. ci-dessus T. I, § 45, IV, 2°.
§ 597—(1) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 215 initio — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 41, I.
(3) Cf. ci-après § 599-600.

SECTION I. — DE L'ACQUISITION DE LA PUISSANCE DOMINICALE; § 598.

On devient esclave :

1° par la naissance; l'enfant d'une esclave appartient au maître de sa mère (1).

2° par la captivité de guerre (2).

et 3° à titre de peine (2).

SECTION II. — DES EFFETS DE LA PUISSANCE DOMINICALE.

§ 599. *Des droits du maître.*

Le maître a sur son eslave les droits ordinaires de la propriété (1). L'esclave, en qualité d'homme, est même un instrument d'acquisition entre les mains de son maître ; toutes ses acquisitions profitent à ce dernier (2) et, comme il forme une seule personne avec lui, il stipule valablement pour son maître; celui-ci est censé stipuler lui-même par l'organe de l'esclave (3). Sous l'empire, on restreignit les droits du maître sur la personne de l'esclave (4).

§ 600. *De la capacité de l'esclave.*

En principe, l'esclave étant une chose plutôt qu'une personne est frappé d'une incapacité absolue; il ne jouit d'aucun droit (1) et notamment il ne peut rien avoir en propre (2). Toutefois :

1° Une obligation naturelle peut se former à son profit ou à sa charge (3) et il est tenu civilement par son délit (4).

2° On tolère l'union dés sexes entre esclaves, le ***contubernium*** (5), et la possession d'un pécule de la part de l'esclave (6).

§ 598—(1) I. 1, 3, *de jure person.*, § 4 initio. — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 52, I.
§ 599—(1) I. 1, 8, *de his qui sui v. al. jur. sunt*, § 1.
(2) I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 3.
(3) I. 3, 17, *de stipul. serv.*, pr. initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 45, pr.
(4) I. 1, 8, *de his qui sui v. al. jur. sunt*, § 2.
§ 600—(1) I. 1, 16, *de cap. min.*, § 4.
(2) I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 3 initio.
(3) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 14. Cf. ci-dessus T. II, § 329, 2°.
(4) L. 14 cit., initio. — (5) PAUL, II, 19, § 6.
(6) D. 15, 1, *de pec.*, L. 5, § 4, L. 39.

§ 601. *Des droits des créanciers de l'esclave.*

L'esclave n'ayant pas de patrimoine propre, ses dettes naturelles ou civiles ont seulement une efficacité pratique s'il devient libre(1). Mais ses créanciers ont contre le maître les mêmes actions que les créanciers de l'enfant sous puissance contre le père de famille(2) et, si l'esclave a commis un délit, son maître est encore en droit nouveau soumis à une action noxale(3).

SECTION III. — DE L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE DOMINICALE.

I. Des causes d'extinction.

D. 40, 1, *de manumissionibus*. — C. 7, 15, *communia de manumissionibus*.

§ 602. *Notions générales.*

La puissance dominicale cesse par l'affranchissement de l'esclave(1). Pour pouvoir affranchir un esclave, il faut en être propriétaire(2) et être capable d'aliéner(3), car on dispose de son droit de propriété sur l'esclave en faveur de ce dernier et partant on en fait l'aliénation(4). On peut affranchir sous condition ou à terme(5); dans ce cas l'esclave, appelé *statuliber*(5), n'acquiert la liberté que si la condition s'accomplit ou à l'expiration du terme(6).

§ 603. *Modes d'affranchissement de l'ancien droit.*

Anciennement l'on affranchissait les esclaves :

1° Par la cession judiciaire de la puissance dominicale, *vindicta*, c'est-à-dire par un simulacre de revendication de la liberté

§ 601—(1) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 13, pr.
(2) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. est pot.*, pr., § 1-4°. Cf. ci-dessus § 594.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 499, 1°.
§ 602—(1) I. 1, 5, *de libert.*, pr. — (2) *Fragmentum Dositheanum* 9 initio.
(3) D. 26, 8, *de auctor. tut.*, L. 9, § 1 initio.
(4) Même texte. Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°.
(5) D. 40, 7, *de statulib.*, L. 1, pr. — (6) D. *eod.*, L. 9, pr.

de la part de l'esclave contre le maître (1); la *vindicta* etait la baguette employée dans l'ancienne revendication (2).

2° Par disposition de dernière volonté (3).

3° Par l'inscription de l'esclave comme citoyen sur les tables du cens (4).

On faisait encore des affranchissements de plusieurs autres manières et surtout devant témoins (*inter amicos*) (5). Dans le principe, l'esclave ainsi affranchi était seulement libre de fait, *in libertate erat*, et protégé par le préteur (6); mais, sous Tibère, la loi *Junia Norbana* lui accorda la liberté de droit (7).

§ 604. *Modes d'affranchissement du droit nouveau.*

Sous Justinien on affranchit un esclave :

1° Par une déclaration judiciaire, *vindicta* (1);

2° Par disposition de dernière volonté (2). Ou bien cet affranchissement est accordé directement par le testateur et alors l'esclave devient libre sur le seul fondement du testament (3); il a pour patron le testateur lui-même (3); c'est pourquoi on l'appelle *libertus orcinus* (de *orcus*, enfer) (3). Ou bien l'affranchissement n'est que fidéicommissaire; le testateur se borne à imposer à son héritier l'obligation d'affranchir et, dans ce cas, l'esclave devient seulement libre lorsque l'héritier l'affranchit; l'héritier est son patron (4).

3° Par une déclaration écrite ou verbale devant cinq témoins (5).

§ 603—(1) ULPIEN, I, 6-7; BOETHIUS, *in Cic. topica*, lib. I, c. 2, § 10 (CIC., éd. ORELLI V, P. 1, p. 288-289). — (2) GAIUS, IV, 16. — (3) ULPIEN, I, 6 et 9.

(4) ULPIEN, I, 6 et 8. — (5) *Fragmentum Dositheanum* 4 i. f.

(6) Fragment cité 4 i. f. et 5. — (7) Fragment cité 6 initio.

§ 604—(1) I. 1, 5, *de libert.*, § 1; D. 40, 2, *de manum. vind.*, L. 7, L. 23.

(2) I. 1, 5, *de libert.*, § 1. — (3) I. 2, 24, *de sing. reb. per fideic. rel.*, § 2 i. f.

(4) § 2 cit, v^is Libertas quoque........ ejus qui amittit.

(5) C. 7, 6, *de Lat. libert. toll.*, L. un., § 1e et 2 (§ 1-2).

II. Effets de l'extinction de la puissance dominicale.

§ 605. *Des droits de l'affranchi.*

I. 1, 5, *de libertinis.*

L'affranchi (*libertinus*) acquiert la liberté (1) et la cité (2). Toutefois, à l'époque classique, on assimilait simplement aux étrangers déditices (3) les affranchis qui avaient subi certaines peines graves pendant leur servitude (4) et, quant aux esclaves qui avaient été affranchis par un mode extralégal (5), la loi *Junia Norbana* les assimilait aux citoyens romains inscrits dans une colonie latine (*Latini colonarii*) ; on les appelait Latins Juniens (6). Mais Justinien accorda le droit de cité indistinctement à tous les esclaves régulièrement affranchis (7).

§ 606. *Des droits de l'ancien maître.*

D. 37, 14, *de jure patronatus.* — C. 6, 4, *de bonis libertorum et de jure patronatus.*

L'ancien maître devient le patron de l'affranchi (1) et, à son décès, ses fils héritent du patronat (2); l'affranchi prend le nom de *libertus* par rapport à son patron (3). S'il est dans l'aisance, il doit fournir des aliments à son patron dans le besoin (4); le patron a encore un droit de succession ab intestat vis-à-vis de l'affranchi (§ 607) et il devient le tuteur légitime de l'affranchi impubère (5).

§ 607. *De la succession ab instestat de l'affranchi.*

I. 3, 7, *de successione libertorum.* — C. 6, 4, *de bonis libertorum et de jure patronatus.*

La succession ab intestat de l'affranchi appartient en premier lieu à ses héritiers siens d'après la loi des Douze tables (1), à ses

§ 605—(1) I. *h. t.*, pr. initio. — (2) *Fragmentum Dositheanum* 5 initio.
(3) Cf. ci-dessus T. I, § 41, II, 2° i. f. — (4) Gaius, I, 13. — (5) Cf. § 603.
(6) Gaius, I, 16, 17, 22; III, 56 initio. — (7) I. *h. t.*, § 3.
§ 606 — (1) C. 7, 4, *de fideic. libert.*, L. 7. — (2) Ulpien, XXVII, 1.
(3) C. 7, 4, *de fideic. libert.*, L. 7.
(4) D. 25, 3, *de agnosc. et al. lib.*, L. 5, § 18 initio et 19.
(5) I. 1, 17, *de legit. patr. tut.*
§ 607—(1) Ulpien, XXVII, 1.

descendants en général dans le droit de Justinien[2]; le patron est appelé en seconde ligne[2].

SECTION IV. — DU COLONAT.

C. 11, 48 (47), *de agricolis censitis vel colonis.*

§ 608. *Historique.*

Le colonat semble remonter au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne[1]. Il dut probablement son origine à des manumissions d'esclaves ruraux, qu'on rendait libres pour les attacher à la terre; c'était un moyen de relever l'agriculture, qui se trouvait alors dans le plus triste état.

§ 609. *Droit de Justinien.*

On devient colon par la naissance[1], par un engagement volontaire[2] et par l'effet de la prescription[3]. Le colon est libre de condition[4]. Mais il est esclave de la terre et attaché à celle-ci[5] en un double sens : lui-même ne peut la quitter[6] et son maître ne peut l'en séparer; l'aliénation de l'immeuble implique celle des colons qui y sont attachés[7].

CHAPITRE III. — DE LA MANUS.

VAN MAANEN (J. M.), *De muliere in manu et in tutela*, c. 1, et *passim* c. 3-4, Leide, 1823.

§ 610. *Notions générales.*

La *manus* était une puissance analogue à la puissance paternelle, mais essentiellement exercée par un homme sur une femme[1]. Elle était sérieuse lorsqu'elle appartenait à un mari

§ 607—(2) C. *h. t.*, L. 4, § 9ᵉ-11 (§ 9 i. f.-11 initio).
§ 608—(1) D. 30, *de leg.* 1°, L. 112, pr.; C. 8, 51 (52), *de infant. expos.*, L. 1.
§ 609—(1) C. *h. t.*, L. 21. — (2) C. *h. t.*, L. 22, pr., § 1-2 (L. 22, pr.).
(3) C. *h. t.*, L. 19. — (4) C. 11, 52 (51), *de col. Thrac.*, L. un., § 1 (L. un.).
(5) C. *h. t.*, L. 15 i. f., L. 23, § 1 i. f., (§ 1). — (6) L. 23, § 1 i. f., cit.
(7) C. *h. t.*, L. 2.
§ 610—(1) Cf. GAIUS, I, 109.

sur sa femme[2], et simplement formelle lorsque la femme se soumettait pour la forme à la *manus* d'un homme quelconque, dans le but de sortir de sa famille, par exemple pour se soustraire à la tutelle légitime de ses agnats[3]; en se soumettant à la *manus*, la femme subissait une diminution de tête[4]; l'acquéreur de la *manus* mancipait ensuite la femme à celui qu'elle désirait avoir pour tuteur et ce dernier, en l'affranchissant du *mancipium*, devenait son tuteur fiduciaire[5]. La *manus* disparut sous le Bas-Empire.

§ 611. *De l'acquisition de la manus.*

La *manus* s'acquérait :

1° Par la *confarreatio* (de *cum* et *farreum*, gâteau de farine de froment). C'était une cérémonie religieuse devant dix témoins; l'on y sacrifiait un gâteau de farine comme symbole de la communauté d'existence entre conjoints[1].

2° Par l'usucapion résultant de la cohabitation de l'homme et de la femme pendant un an[2]; ce délai était conforme à la loi des Douze tables, car l'usucapion avait pour objet le droit de puissance maritale[3].

3° Par la mancipation de la femme (*coemptio*)[4].

Les deux premiers modes s'appliquaient exclusivement à la *manus* sérieuse[5].

§ 612. *Des effets de la manus.*

1° La *manus* matrimoniale produisait des effets analogues à ceux de la puissance paternelle[1]; la femme était même réputée fille de son mari[2] et partant, si le mari était fils de famille, elle

§ 610—(2) GAIUS, I, 114 initio.
(3) GAIUS, I, 114 i. f. Voyez encore GAIUS, I, 115a initio. — (4) GAIUS, I, 162.
(5) GAIUS, I, 115.

§ 611—(1) GAIUS, I, 112; BOETHIUS, *in Cic. topica*, lib. II, c. 3, § 14 (CIC., éd. ORELLI V, P. 1, p. 299). — (2) GAIUS, I, 111. — (3) Cf. ci-dessus T. I, § 178, 1°.
(4) GAIUS, I, 113. — (5) Cf. GAIUS, I, 114.

§ 612—(1) GAIUS, II, 86 initio. — (2) *Collatio* XVI, 2, § 3 initio.

tombait comme petite-fille sous la puissance paternelle de son beau-père [2]; elle se trouvait ainsi soumise à deux puissances. Le mari exerçait également une juridiction criminelle sur sa femme *in manu*, mais avec l'assistance des parents de celle-ci [3], et il n'avait pas le droit de vendre la femme, d'en faire l'abandon noxal ou de l'exposer. Par rapport à son ancienne famille, la femme subissait une petite diminution de tête [4]; elle perdait donc la qualité d'agnate [5] et de plus, si elle était *sui juris*, son mari lui succédait à titre universel, comme l'adrogeant à l'adrogé [6].

2° La *manus* formelle ne conférait aucun droit à l'homme qui l'acquérait [7]; il en résultait seulement une petite diminution de tête et une rupture de l'agnation [8].

§ 613. *De l'extinction de la manus.*

Comme la puissance paternelle, la *manus* s'éteignait par le décès et la grande ou la moyenne diminution de tête de l'homme ou de la femme, ainsi que par l'émancipation de la femme [1]; le mari avait l'obligation d'émanciper la femme après le divorce [2].

CHAPITRE IV. — DU MANCIPIUM.

BŒCKING, *De mancipii causis commentatio*, Berlin, 1826.

§ 614. *Notions générales.*

Le *mancipium* était une puissance analogue à la puissance dominicale, mais exercée sur une personne libre de condition [1]. Il était sérieux dans le cas de vente ou d'abandon noxal d'un enfant sous puissance [2], et simplement formel s'il s'agissait de libérer une

(3) TITE-LIVE, XXXIX, 18. — (4) GAIUS, I, 162 initio. — (5) GAIUS, I, 163 initio.
(6) GAIUS, III, 83-84. Cf. ci-dessus T. I, § 52, III. — (7) Cf. GAIUS, I, 115ᵃ.
(8) GAIUS, I, 114-115.
§ 613—(1) Cf. GAIUS, I, 137ᵃ. — (2) GAIUS, I, 137ᵃ i. f.
§ 614—(1) GAIUS, I, 123. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 589, 2°.

personne de la puissance paternelle ou de la *manus* (3). La législation de Justinien ne le connaît plus (4).

§ 615. *Des effets du mancipium.*

1° Par analogie de la puissance dominicale, le *mancipium*, sans priver de la liberté la personne qui y était assujettie, la rendait cependant esclave de fait (1); l'exercice de ses droits était suspendu (2) et toutes ses acquisitions profitaient à son maître (3). Vis-à-vis de son ancienne famille, elle subissait une petite diminution de tête et perdait la qualité d'agnat (4).

2° Le *mancipium* formel produisait seulement le dernier effet (4).

§ 616. *De l'extinction du mancipium.*

1° Comme la puissance dominicale, le *mancipium* s'éteignait par l'affranchissement de la personne assujettie (1); l'enfant sous puissance dont le père avait fait l'abandon noxal, pouvait réclamer son affranchissement s'il s'était libéré par ses services (2).

2° La personne affranchie du *mancipium* recouvrait sa pleine capacité (3), sauf que son ancien maître et après lui ses fils acquéraient sur elle un quasi-patronat (4), qui produisait les principaux effets du patronat proprement dit, surtout un droit d'hérédité ab intestat (5) et le droit à la tutelle de l'affranchi impubère (6).

§ 614—(3) Cf. ci-dessus § 595, 2°, et 613.
(4) Cf. ci-dessus § 590 initio, 595, 2° i. f., et 610 i. f.
§ 615—(1) Gaius, I, 123. — (2) Gaius, I, 135 i. f. — (3) Gaius, II, 86 initio.
(4) Gaius, I, 162 et 163 initio.
§ 616—(1) Gaius, I, 138. — (2) *Collatio* II, 3. Cf. Gaius, I, 140 initio.
(3) Gaius, I, 135 i. f. — (4) Arg. Ulpien, XI, 5. — (5) *Collatio* XVI, 9, § 2.
(6) Ulpien, XI, 5.

§ 617. *Des états analogues au mancipium.*

Anciennement les *addicti*(1), les *nexi*(2) et les individus engagés comme gladiateurs (*auctorati*)(3) étaient soumis à un quasi-*mancipium*, mais sans subir une diminution de tête. Il en est encore de même en droit nouveau des prisonniers de guerre rachetés par un tiers(4).

(1) Cf. ci-dessus T. I, § 140, I, 1°. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 358, 2°.

(3) Gaius, III, 146 et 199 i. f. Cf. C. 11, 44 (43), *de gladiat. penitus toll.*, L. un.

(4) C. 8, 50 (51), *de postlim. et de redempt. ab host.*, L. 2, L. 20, pr., § 1-3 (L. 20, pr.). Voyez encore C. 4, 43, *de patr. qui fil. distrax.*, L. 2.

TITRE IV.

DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE.

RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, 3 vol., Berlin, 1832-1834.
LEFORT, *Essai historique de la tutelle en droit romain*, Genève, 1850.

§ 618. *Généralités.*

1° La tutelle (*tutela*, de *tueri*, protéger) et la curatelle (*cura, curatio*, soin) constituent une protection pour des personnes *sui juris* qui ne sont pas en état de se protéger elles-mêmes (1). Les tuteurs et les curateurs sont les défenseurs de ces personnes (2); un incapable sous puissance ne reçoit ni tuteur ni curateur (3), il trouve un protecteur naturel en son père de famille. La tutelle et la curatelle diffèrent ainsi essentiellement de la puissance paternelle, qui est établie dans l'intérêt du père de famille (4). Comme elles ont pour but de protéger des incapables, elles sont d'ordre public, elles forment des charges publiques, des *munera publica* (5), et par conséquent on a l'obligation de les accepter, à moins d'avoir une juste cause d'excuse (5). Entre le tuteur ou le curateur et l'incapable il existe un quasi-contrat (6) analogue au mandat; le tuteur ou le curateur est assimilé à un mandataire et l'incapable à un mandant (7). L'ancienne tutelle des femmes avait un caractère

(1) I. 1, 13, *de tut.*, § 1. — (2) I. *eod.*, § 2.
(3) I. *eod.*, § 1, v^{is} in capite libero. Voyez cependant ci-après § 642.
(4) Cf. ci-dessus T. II, § 584, 2°. — (5) I. 1, 25, *de excus.*, pr. initio.
(6) I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 2 initio.
(7) Cf. § 2 i. f., cit. Cf. ci-après § 628 et 634, 1°.

particulier; elle avait été admise dans l'intérêt de la famille de la femme[8].

2° Les incapables reçoivent un tuteur ou un curateur selon la nature de leur incapacité. On donne un tuteur aux impubères, par la raison que leur incapacité est à la fois naturelle, c'est-à-dire conforme à l'ordre naturel des choses, et générale ou applicable à la généralité des actes juridiques; dans l'ancien droit les femmes recevaient un tuteur pour le même motif. On donne un curateur aux aliénés, aux faibles d'esprit, aux prodigues et aux infirmes, parce que leur incapacité résulte d'un accident, et aux mineurs pubères, parce qu'ils sont seulement incapables pour certains actes déterminés ; les curatelles exceptionnelles de mineurs pubères s'expliquent de la même façon. La personne sous tutelle étant frappée d'une incapacité naturelle et générale, le tuteur doit assister à la conclusion même de l'acte juridique de la part de l'incapable; cette assistance s'appelle autorisation, *auctoritas*[9]. Par contre, le curateur ne doit donner qu'un simple consentement, un *consensus*[10].

Est autem tutela, ut Servius definivit, jus ac potestas[11] in capite libero[12] ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit (I. 1,13, *de tut.*, § 1). Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores (I. *eod.*, § 2).

Tutelam et curam placuit publicum munus esse (I. 1, 25, *de excus.*, pr.).

CHAPITRE I. — DE LA TUTELLE.

L'ancien droit romain connaissait une tutelle des impubères et une tutelle des femmes; la première s'est seule maintenue dans la législation de Justinien.

(8) Cf. ci-après § 635, 1°.

(9) D. 26, 8, *de auctor. tut.*, L. 8, L. 9, § 5. Cf. ci-après § 627.

(10) Arg. D. 26, 8, *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum*, rubrique. Cf. Ortolan, II, n°s 179, 263 et 265 i. f., et Maynz, I, § 340 i. f. et 346 initio.

(11) Un pouvoir. — (12) Sur une personne *sui juris*.

SECTION I. — DE LA TUTELLE DES IMPUBÈRES.

I. 1, 13, et D. 26, 1, *de tutelis.*

I. De la délation de la tutelle des impubères.

§ 619. *Notions générales.*

La tutelle des impubères est déférée par disposition de dernière volonté (1), par la loi (2) ou par le magistrat (3); de là une tutelle testamentaire, une tutelle légitime et une tutelle dative. Le tuteur testamentaire exclut tout autre tuteur; à son défaut, il y a lieu à la tutelle légitime (4). La tutelle dative a un caractère supplémentaire; on nomme un tuteur datif toutes les fois qu'il n'y a pas de tuteur testamentaire ou légitime (5) ou que, malgré l'existence d'un pareil tuteur, l'impubère a besoin d'un autre tuteur, par exemple le tuteur testamentaire ou légitime se fait excuser (6) ou bien est destitué (7), le testateur a nommé un tuteur sous condition ou à terme (8), etc. (9).

§ 620. *De la tutelle testamentaire.*

I. 1, 14, *qui dari tutores testamento possunt.* — D. 26, 2, *de testamentaria tutela.* C. 5, 28, *de tutela testamentaria.*

1° En principe la nomination d'un tuteur testamentaire est une prérogative de la puissance paternelle; le père de famille seul nomme valablement un tuteur testamentaire à son enfant sous puissance (1). Et cette prérogative est absolue. Peu importe que l'enfant soit simplement conçu au décès du père (2); il est réputé né à ce moment, car il a intérêt à avoir un tuteur testamentaire de préférence à un autre. Il est aussi indifférent que le père ait exhérédé l'enfant (3) ou bien qu'il s'agisse d'un petit-enfant; mais,

§ 619—(1) I. *h. t.*, § 3 initio. — (2) Nov. 118, c. 5. — (3) I. 1, 20, *de Atil. tut.*, pr.
(4) I. *h. t.*, pr. — (5) I. 1, 20, *de Atil. tut.*, pr.
(6) D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 11, § 1; D. 26, 4, *de legit. tut.*, L. 3, § 8.
(7) L. 11 cit., § 2; L. 3, § 8, cit. — (8) I. 1, 20, *de Atil. tut.*, § 1.
(9) I. *eod.*, § 2; D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 11, § 4 initio.
§ 620—(1) I. 1, 13, *de tut.*, § 3 initio. — (2) I. *eod.*, § 4. — (3) D. *h. t.*, L. 4 initio.

comme la tutelle suppose un impubère *sui juris*, le petit-enfant est seulement soumis à la tutelle si, au décès de son aïeul, il ne retombe pas sous la puissance de son père(4). Quand la nomination a été faite par un père qui avait perdu la puissance paternelle ou bien par une autre personne, elle ne produit ses effets que moyennant la confirmation du magistrat(5); celui-ci doit faire une enquête préalable(6), à moins que la nomination n'émane du père(7).

2° Le tuteur testamentaire doit être une personne certaine ou individuellement désignée; une autre désignation n'offre aucune garantie(8). De plus, la nomination doit se faire pour l'ensemble de la gestion; faite pour des actes déterminés, elle est nulle(9), car une bonne administration exige de l'unité; telle est, d'après nous, la seule signification de la règle : *tutor personæ, non causæ vel rei datur*(10). Mais la tutelle testamentaire peut être divisée entre plusieurs tuteurs par branches ou d'après la situation des biens(11); on peut confier à un tuteur l'administration proprement dite et à un autre les recettes et les dépenses, ou bien nommer des tuteurs distincts pour les biens situés dans des provinces différentes(12). Il est aussi loisible au disposant de nommer un tuteur sous condition ou à terme(13).

3° Le tuteur testamentaire doit être nommé par testament(14) ou par un codicille testamentaire confirmé(15).

Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debeat, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere (I. 2, 20, *de leg.*, § 27).

(4) I. 1, 13, *de tut.*, § 3, v^is nepotibus tamen.........

(5) I. 1, 13, *de tut.*, § 5; D. 26, 3 *de confirm. tut.*, L. 2, pr., L. 4; D. *h. t.*, L. 4.

(6) D. 26, 3, *de confirm. tut.*, L. 2, pr., L. 4; D. *h. t.*, L. 4 initio.

(7) I. 1, 13, *de tut.*, § 5 i. f. Le magistrat ne peut écarter le tuteur désigné par le père que si la cause de la nomination est venue à cesser (D. *h. t.* L. 4 i. f.).

(8) I. 2, 20, *de leg.*, § 27 i. f. — (9) I. *h. t.*, § 4.

(10) Cf. Ortolan, II, n° 235, et Maynz, III, § 340 i. f. et 346 initio.

(11) Arg. D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 3, § 9, L. 4 initio. — (12) D. *h. t.*, L. 15.

(13) D. *h. t.*, L. 8, § 2. — (14) I. 1, 13, *de tut.*, § 3 initio.

(15) D. *h. t.*, L. 3, pr.; cf. D. 26, 3, *de confirm. tut.*, L. 1, § 1 i. f. Voyez encore D. *h. t.*, L. 21.

Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur (I. *h. t.*, § 4).

§ 621. *De la tutelle légitime.*

I. 1, 15, *de legitima adgnatorum tutela.* — D. 26, 4, *de legitimis tutoribus.* C. 5, 30, *de legitima tutela.*

La tutelle légitime de l'impubère est déférée à ses héritiers présomptifs ab intestat; il est juste qu'appelés à recueillir éventuellement sa succession, ils supportent la charge de sa tutelle[1]. D'après cela :

1° Anciennement l'impubère non émancipé avait pour tuteurs légitimes ses agnats les plus proches [2] et subsidiairement les gentils[3]. Quant à l'impubère émancipé, son père était son tuteur légitime, s'il avait lui-même affranchi l'enfant du *mancipium* et était ainsi devenu son quasi-patron[4]; après le décès du père, ses fils acquéraient la tutelle sur leur frère émancipé[5]; si l'impubère avait été affranchi du *mancipium* par un tiers, la tutelle appartenait à ce tiers[6] et, après son décès, à ses fils[7]. Mais le tiers émancipateur et les fils d'un émancipateur quelconque s'appelaient tuteurs fiduciaires [8], à raison des contrats de fiducie qui accompagnaient les émancipations des enfants sous puissance[9] ; le respect dû au père lui avait fait donner le nom de tuteur légitime[10].

2° Depuis la Novelle 118, la tutelle légitime d'un impubère, émancipé ou non émancipé, appartient à tous ses parents, agnats ou cognats, dans l'ordre où ils sont appelés à l'hérédité ab intestat de l'impubère[11]. Toutefois les père, mère, frères germains et neveux germains ne concourent pas au point de vue

(1) I. 1, 17, *de legit. patron. tut.* — (2) I. *h. t.*, pr.; GAIUS, I, 164.

(3) Arg. CIC., *de invent.* II, 50 initio. — (4) GAIUS, I, 166.

(5) I. 1, 19, *de fiduc. tut.* — (6) ULPIEN, XI, 5.

(7) Arg. I. 1, 17, *de legit. patron. tut.*, et I. 1, 19, *de fiduc. tut.* Cf. ci-dessus T. II, § 616, 2°. — (8) ULPIEN, XI, 5; I. 1, 19, *de fiduc. tut.*

(9) Cf. ci-dessus T. II, § 595, 2°.

(10) Arg. GAIUS, I, 172 i. f. Voyez MAYNZ, III, § 342 et note 8.

(11) Nov. 118, c. 5 initio.

de la tutelle légitime comme ils concourent au point de vue de l'hérédité ab intestat; le premier rang appartient au père, parce que sa gestion inspire le plus de confiance(12), le second à la mère, à raison de son affection particulière pour son enfant(13), et le troisième aux frères et neveux germains(14). Souvent l'héritier présomptif ab intestat de l'impubère est incapable d'être tuteur (c'est une femme, un mineur, etc.); dans ce cas, la tutelle est déférée à l'héritier présomptif subséquent (15).

Plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet (I. 1, 17, *de legit. patron. tut.*).

§ 622. *De la tutelle dative.*

I. 1, 20, *de Atiliano tutore vel eo qui ex lege Julia et Titia dabatur.*
D. 26, 5, *de tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent.*

Le tuteur datif est nommé par le magistrat compétent(1). Les héritiers présomptifs ab intestat de l'impubère sont tenus de provoquer cette nomination dans l'année, sous peine d'être exclus de la succession comme indignes, si l'impubère décède avant l'âge de la puberté (2).

II. Des causes d'incapacité et d'excuse.

§ 623. *Des causes d'incapacité.*

I. 1, 14, *qui dari tutores testamento possunt.*
C. 5, 34, *qui dare tutores vel curatores et qui dari possunt.*

Sont incapables d'être tuteurs :

1° Les étrangers, car la tutelle constitue une charge publique.

(12) I. 1, 18, *de legit. par. tut.* — (13) Nov. 118, c. 5. — (14) Arg. Nov. 118, c. 5.

(15) Nov. 118, c. 5 initio. Ces règles doivent être suivies même pour la tutelle des impubères émancipés. Voyez en ce sens Ortolan, II, n° 223, note 5, et Maynz, III, § 342. Cf. Rudorff, cité, I, § 32, p. 243-244. Contra Accarias, I, n° 134 i. f., et Vangerow, I, § 267, *Anm.* i. f.

(1) I. *h. t.*, pr. et § 4-5. — (2) C. 6, 58, *de legit. hered.*, L. 10.

2° Les femmes, pour le même motif(1). Toutefois la mère et l'aïeule, à raison de leur affection présumée, peuvent être tutrices de leur descendant, à la condition de renoncer à un nouveau mariage et au bénéfice du sénatus-consulte Velléien(2). On leur impose la première renonciation, parce que, après le convol de la mère ou de l'aïeule, son nouveau mari aurait de fait géré la tutelle et la loi se défie de sa gestion. D'autre part, sans la renonciation au sénatus-consulte Velléien, toutes les obligations contractées par la tutrice en vue du pupille auraient été frappées d'inefficacité à titre d'intercessions; dans ces conditions, les tiers n'auraient pas contracté avec la tutrice et l'exercice de la tutelle eût été impossible. Lorsque, malgré sa promesse, la mère ou l'aïeule se remarie, elle perd la tutelle de plein droit(3) et, si elle continue néanmoins de gérer, le pupille a, en sûreté de cette gestion, une hypothèque légale sur les biens de sa mère ou de son aïeule et sur ceux du nouveau mari(4).

3° Les mineurs(5), les aliénés(6) et les faibles d'esprit ou prodigues mis sous curatelle(7); ils sont incapables de gérer leurs propres affaires(8).

4° Les personnes affligées d'une infirmité ou d'une maladie qui les met dans l'impossibilité de gérer convenablement la tutelle(9).

5° Les ennemis mortels du pupille ou de son père(10).

Le tuteur est déchu de ses fonctions si l'une de ces incapacités survient dans le cours de la tutelle(11).

Feminæ tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est (D. *h. t.*, 26, 1, L. 18).

Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum

(1) D. *h. t.*, 26, 1, L. 18 initio. — (2) Nov. 118, c. 5. — (3) Nov. 94, c. 2 i. f.
(4) Nov. 22, c. 40 initio. — (5) C. 5, 30, *de legit. tut.*, L. 5, pr. (L. 5 initio).
(6) Arg. I. *h. t.*, § 2. — (7) Arg. C. 5, 30, *de legit. tut.*, L. 5, § 1 (L. 5).
(8) L. 5, § 1, cit. Cf. I. *h. t.*, § 2.
(9) D. *h. t.*, 26, 1, L. 1, § 2-3; D. 27, 1, *de excus.*, L. 10, § 8 i. f.
(10) I. 1, 25, *de excus.*, § 11, cbn. avec D. 26, 10, *de susp. tutor.*, L. 3, § 12. Voyez encore I. 1, 25, *de excus.*, § 4 et 12. — (11) D. 27, 1, *de excus.*, L. 40 pr.

exercuit, si capitales fuerunt nec reconciliatio intervenit, a tutela solent excusare(12) (I. 1, 25, *de excus.*, § 11).

§ 624. *Des causes d'excuse.*

I. 1, 25, D. 27, 1, et C. 5, 62, *de excusationibus.*

La tutelle étant une charge publique, celui à qui elle est déférée a l'obligation de l'accepter, à moins d'avoir une juste cause d'excuse(1). Ce principe ne fut d'abord admis que pour la tutelle légitime(2); le tuteur testamentaire et le tuteur datif pouvaient décliner la tutelle, le premier par sa seule volonté(3), le second en désignant une autre personne apte à gérer la tutelle et plus proche parente du pupille (*potiorem nominare*)(4). Mais l'obligation d'accepter la tutelle fut étendue dans la suite au tuteur testamentaire et au tuteur datif(5). Peuvent s'excuser de la tutelle :

1° Ceux qui ont trois enfants légitimes à Rome, quatre en Italie ou cinq dans les provinces(6).

2° Ceux qui sont déjà investis de trois tutelles ou curatelles(7) et même de deux ou d'une seule si elles sont importantes(8). Le nombre des tutelles et des curatelles se détermine d'après le nombre des patrimoines qu'il s'agit d'administrer et non d'après celui des incapables(9).

3° Les fonctionnaires publics(10).

4° Les personnes qui ont atteint l'âge de soixante-dix ans(11).

5° Les malades et les illettrés, si la maladie ou le défaut d'instruction rend difficile l'exercice de la tutelle(12).

§ 623—(12) *Excusare* signifie ici exclure.
§ 624—(1) I. *h. t.*, pr. initio. — (2) ULPIEN, XI, 17 i. f. cbn. avec 8.
(3) ULPIEN, XI, 17 initio. — (4) *Vatic. fragm.* 157. — (5) I. *h. t.*, pr. initio.
(6) I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 2, § 3.
(7) I. *h. t.*, § 5 initio; D. *h. t.*, L. 3 initio, L. 5 initio.
(8) D. *h. t.*, L. 31, § 4 initio.
(9) I. *h. t.*, § 5 i. f.; D. *h. t.*, L. 3, L. 31, § 4, vis Neque igitur.........
(10) I. *h. t.*, § 3; D. *h. t.*, L. 6, § 16. Voyez encore I. *h. t.*, § 2.
(11) I. *h. t.*, § 13 initio. — (12) I. *h. t.*, § 7-8.

6° Ceux qui ont besoin de leur temps pour subvenir à leur entretien (13).

Tria onera in domo una esse sufficit (D. *h. t.*, L. 5).

III. Des effets de la tutelle des impubères.

A) *Des obligations du tuteur avant d'entrer en fonctions*; § 625.

1° Le tuteur doit prêter serment de bien administrer (1), car la tutelle est une charge publique.

2° Il doit procéder, devant deux tabulaires, à un inventaire fidèle et exact des biens du pupille (2), afin de constater l'importance de la fortune de ce dernier.

3° Il doit fournir un fidéjusseur en sûreté de sa gestion (*cautio rem pupilli salvam fore*) (3), à moins d'avoir été nommé par testament ou par le magistrat après enquête; dans ce cas, le choix du père ou l'enquête du magistrat est considérée comme une garantie suffisante (4).

Si le tuteur gère avant d'avoir satisfait à ces obligations, ses actes de gestion sont frappés de nullité (5) et de plus, à défaut d'inventaire, le pupille est admis à fixer par serment la valeur de son patrimoine (serment *in litem*) (6) ; c'est une prérogative exorbitante, mais il fallait protéger l'impubère contre un tuteur de mauvaise foi. Il va de soi que le tuteur peut être destitué pour refus d'exécuter ses obligations (7).

(13) I. *h. t.*, § 6.

(1) Nov. 72, c. 8. — (2) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 24, pr. (L. 24 initio).

(3) I. 1, 24, *de satisd. tut.*, pr. initio. — (4) Pr. i. f., cit.

(5) C. 5, 42, *de tut. v. cur. qui satis non dedit*, L. 3; arg. C. 5, 51, *arbitr. tut.*, L. 13, § 2 (§ 1 initio). — (6) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7, pr.

(7) C. 5, 42, *de tut. v. cur. qui satis non dedit*, L. 2, pr. (L. 2 initio); C. 5, 51, *arbitr. tut.*, L. 13, § 3 initio (§ 1).

B) *De l'administration du tuteur.*

D. 26, 7, *de administratione et periculo tutorum et curatorum...*
C. 5, 37, *de administratione tutorum et curatorum...*

§ 626. *Principes généraux.*

1° La tutelle étant une charge publique est gratuite par sa nature; les soins du tuteur ne donnent lieu à aucune rémunération(1); il n'a droit qu'à la restitution de ses débours légitimes(2) avec les intérêts légaux(3). Toutefois, lors de sa nomination, un salaire peut être accordé par le testateur ou par le magistrat(4).

2° Le tuteur comme tel n'est pas chargé de l'entretien et de l'éducation du pupille; celui-ci est confié à la personne que désigne le magistrat(5), après avoir pris l'avis des parents(6). Autant que possible, le magistrat doit se conformer aux instructions du père du pupille(7) et subsidiairement donner la préférence à la mère, mais celle-ci doit s'abstenir d'un convol(8). Évidemment le magistrat peut aussi confier l'impubère au tuteur; en tout cas ce dernier doit fournir, à l'aide des biens du pupille, la somme nécessaire à l'entretien et à l'éducation(9).

3° La mission du tuteur concerne le patrimoine de l'impubère; mais celui-ci n'est pas incapable d'une manière absolue. — D'abord, s'il est âgé de sept ans, il est capable de faire des actes juridiques essentiellement avantageux, c'est-à-dire des actes qui ne peuvent que lui procurer un profit; il peut accepter de pures libéralités et faire des stipulations sans rien promettre de son côté(10); ces actes devant nécessairement améliorer la condition de l'impubère, une incapacité n'avait pas de raison d'être. Mais l'impubère, bien qu'il ait dépassé l'âge de sept ans, est incapable de faire des actes juridiques qui pourraient lui causer un préjudice; la seule

(1) D. *h. t.*, L. 33, § 3. — (2) L. 33, § 3 initio, cit.
(3) D. 27, 4, *de contr. tut. act.*, L. 3, § 1 i. f. — (4) D. *h. t.*, L. 33, § 3 i. f.
(5) D. 27, 2, *ubi pup. educ. deb.*, L. 1, pr. — (6) L. 1 cit., § 1 i. f.
(7) L. 1, § 1 initio, cit. — (8) C. 5, 49, *ubi pup. educ.*, L. 1, pr. (L. 1 initio).
(9) D. *h. t.*, L. 12, § 3 initio.
(10) I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. initio; D. 26, 8, *de auctor. tut.*, L. 9, pr., v^is^ adquirere autem........ auctoritate potest.

possibilité d'un dommage le rend incapable[11]; à raison de son inexpérience, il fallait le mettre à l'abri du dommage. Notamment il est incapable d'aliéner[12] ou de s'obliger[13] par un acte juridique; il ne peut promettre par convention[13], ni gérer les affaires d'autrui[14], ni accepter une hérédité, puisque cette acceptation l'oblige au payement des dettes héréditaires[15]. Si l'impubère a moins de sept ans, il est incapable même pour les actes juridiques nécessairement avantageux; en effet, il est dépourvu de volonté et celle-ci est de l'essence d'un acte quelconque[16]; *infans nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit*[17]. Les actes juridiques faits par le pupille malgré son incapacité sont nuls dans le sens indiqué à l'occasion des conventions[18]. — Ensuite, l'impubère à tout âge est obligé en vertu d'un quasi-contrat ou de la loi, lorsque l'obligation n'exige aucune manifestation de volonté de sa part[19]; par exemple un tiers gère les affaires du pupille et toutes les conditions de l'action contraire de gestion d'affaires sont réunies[20]. — Enfin les impubères sont responsables de leurs délits et quasi-délits, s'ils approchent de la puberté (*pubertati proximi*)[21], et ils en sont même responsables en pleine impuberté si, à raison du développement de leur intelligence, ils ont pu comprendre le caractère délictueux de leurs actes[22]. Mais ils n'en répondent point s'ils sont encore dans l'enfance ou à peine sortis de l'enfance (*infantiae proximi*)[23].

4° Le tuteur doit veiller à la garde et à la conservation des biens

(11) I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. initio.
(12) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio et i. f. Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°.
(13) I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr. — (14) Cf. ci-dessus T. II, § 473, 1°.
(15) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 8, pr. Voyez encore C. 6, 31, *de repud. v. abstin. hered.*, L. 5. — (16) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 10 initio.
(17) Cf. I. *eod.*, § 8 et 10 initio. — (18) T. II, § 382.
(19) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 46 initio.
(20) Arg. D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 3, § 5 initio. Voyez encore D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 46 i. f.
(21) I. 4, 1, *de oblig. quae ex del. nasc.*, § 18; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 111, pr.
(22) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5, § 2 i. f.; D. 47, 10, *de inj.*, L. 3, § 1.
(23) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 10. Voyez en ce sens DE SAVIGNY, *System* III

pupillaires. Il répond de leur vol(24) et doit les entretenir en bon état de réparations de toute espèce(25). Il doit soigner le recouvrement des créances pendant que les débiteurs sont solvables(26) et de manière à prévenir la prescription(27). Il est tenu de faire le remploi des capitaux qui rentrent et l'emploi de ce qui reste des revenus après payement des dépenses nécessaires, si l'excédent a une certaine importance(28). Il doit faire l'emploi ou le remploi dans les deux ou dans les six mois, selon qu'il s'agit de fonds rentrés pendant la tutelle ou de deniers se trouvant déjà chez le pupille lors de l'entrée en fonctions(29); le délai est moins long dans le premier cas, parce que le tuteur a pu prévoir la rentrée et s'occuper d'avance du placement. A l'expiration de ces délais, le tuteur est obligé de payer les intérêts légaux de la somme qu'il a négligé de placer(29). Quant au mode de placement, le tuteur doit de préférence acheter des immeubles et, si cet achat ne peut se faire à des conditions avantageuses, placer l'argent à intérêt(30). Dans l'exécution de ses obligations, il répond de la faute légère *in concreto** (31).

5° Le tuteur intervient de deux manières dans l'administration des affaires du pupille; ou bien il laisse conclure l'acte juridique par l'impubère et intervient à côté de lui en donnant son autorisation (*tutoris auctoritas*) (§ 627), ou bien il fait lui-même l'acte sans l'impubère (*tutelae gestio**) (§ 628) (32). En général il a le choix entre ces deux modes d'intervention(33). Toutefois, si l'impubère est encore dans l'enfance ou bien s'il est atteint d'aliénation mentale ou absent, il est personnellement incapable d'agir et partant la voie de la gestion s'impose (34).

§ 107 i. f. Cf. MAYNZ, T. I, § 12 et note 8, T. II, § 267, note 14, ACCARIAS, I, n°s 153 et 155, et ORTOLAN, III, n°s 1352-1355. — (24) Cf. ci-dessus T. II, § 294 i. f.

(25) C. *h. t.*, L. 22, § 3 et 3a (§ 3). — (26) C. 5, 51, *arbitr. tut.*, L. 2.

(27) Arg. L. 2 cit. — (28) D. *h. t.*, L. 5, pr.

(29) D. *h. t.*, L. 7, § 11 initio, L. 15.

(30) C. *h. t.*, L. 24, § 1 (L. 24 i. f.). Voyez cependant Nov. 72, c. 6-7.

(31) D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, pr. Cf. ci-dessus T. I, § 296, I, 1°.

(32) ULPIEN, XI, 25 initio. — (33) D. *h. t.*, L. 1, § 4.

(34) D. *h. t.*, L. 1, § 2, L. 9, pr., v^is quod si........

6° Anciennement le tuteur avait le pouvoir d'aliéner les biens pupillaires(35). Mais un sénatus-consulte de Septime-Sévère exigea un décret du magistrat pour l'aliénation des fonds de terre(36) et, sous le Bas-Empire, cette règle fut étendue à l'aliénation de biens quelconques(37) (§ 629).

7° Certains actes sont absolument interdits au tuteur comme au pupille, même avec un décret du magistrat; ce sont les dispositions de dernière volonté(38) et les donations entre vifs(39) autres que les cadeaux d'usage(40). L'impubère ne peut non plus se marier(41).

8° Les biens du tuteur sont frappés d'une hypothèque légale en sûreté de sa gestion(42).

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas : quod si aliis pupilli promittant, necessaria est : namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter nisi tutore auctore (I. 1, 21, *de auctor. tut.*, pr.).

Adquirere.. per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest : sed.. sine tutoris auctoritate nihil alienare potest (D. 26, 8, *de auctor. tut.*, L. 9, pr.).

Furiosus et pupillus, ubi ex re(43) actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero vel damnum in eo pupillus dederit(44) : nam judicio communi dividundo obligabuntur (D. 44, 7, *de O et A.*, L. 46).

(35) D. *h. t.*, L. 27. — (36) D. 27, 9, *de reb. eor., qui sub tut.*, L. 1, pr., § 1-2.
(37) C. *h. t.*, L. 22, pr. et § 1, L. 25, L. 27.
(38) I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, § 1 initio. — (39) C. *h. t.*, L. 16.
(40) D. *h. t.*, L. 12, § 3, v^is Sollemnia munera parentibus cognatisque mittet.
(41) I. 1, 10, *de nupt.*, pr. initio. — (42) Cf. ci-dessus T. I, § 267, II, 1°.
(43) Indépendamment d'un acte juridique émané du pupille.
(44) Par son délit, s'il était capable d'en commettre un.

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt (ULPIEN, XI, 25).

§ 627. *De l'autorisation du tuteur.*

D. 26, 8, *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum.*
C. 5, 59, *de auctoritate praestanda.*

1° L'autorisation du tuteur est une assistance à la conclusion même de l'acte juridique de la part de l'impubère(1); un consentement donné après coup ne vaut point comme autorisation(2); l'assistance personnelle du tuteur constitue une garantie spéciale pour l'impubère(3). Mais le tuteur est libre d'autoriser en termes quelconques et même tacitement(4), par lettre(5) ou par messager(6).

2° Le tuteur ne peut autoriser le pupille à conclure un acte juridique avec lui-même ; *tutor in rem suam auctor esse non potest*(7) ; autrement il conclurait l'acte avec lui-même, car à raison de l'autorisation il est déjà partie à l'acte du côté du pupille(8). Le pupille a besoin alors de l'autorisation d'un cotuteur(9) ou bien du consentement d'un curateur spécial à nommer par le magistrat(10). Mais, si le tuteur n'est pas la partie adverse, la circonstance qu'il a intérêt à un acte ne l'empêche pas d'autoriser valablement le pupille; la maxime précitée est inapplicable dans l'espèce(11).

Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero.. interposita auctoritas nihil agit (I. *h. t.*, § 2).

(1) I. *h. t.*, § 2 initio. — (2) § 2 cit., i. f. — (3) Voyez encore D. *h. t.*, L. 8.

(4) Voyez en ce sens PUCHTA, *Instit.* II, § 297 et note *g*, et MAYNZ, III, § 346, note 20.

(5) D. *h. t.*, L. 9, § 6, mais en assistant l'impubère, sinon l'autorisation est nulle (I. *h. t.*, § 2 i. f.).

(6) Arg. D. *h. t.*, L. 9, § 6, sauf encore à assister l'impubère. Voyez en ce sens ACCARIAS, I, n° 144, p. 344 et note 2, et WINDSCHEID, II, § 442, note 3. Contra RUDORFF, cité, T. II, § 126, II, 1°-2°, et MAYNZ, 111, § 346 et note 21.

(7) I. *h. t.*, § 3; D. *h. t.*, L. 5, pr. initio. — (8) L. 5 cit., § 2 initio.

(9) L. 5 cit., pr. initio. — (10) I. *h. t.*, § 3. — (11) D. *h. t.*, L. 1, pr. initio.

§ 628. *De la gestion de la tutelle.*

La gestion de la tutelle est la conclusion d'un acte juridique par le tuteur en vue du pupille(1). Le tuteur qui gère la tutelle, est assimilé à un mandataire ; il fait donc l'acte en nom propre et partant les obligations, comme les actions, se forment entre lui et les tiers avec lesquels il contracte(2). Mais, dans le dernier état de la législation romaine, les tiers devenus créanciers ont des actions utiles contre le pupille(3), et le tuteur qui leur a fait connaître sa qualité, est seulement obligé de répondre à l'action directe pendant qu'il reste en fonction(4). De même, si les tiers sont devenus débiteurs, ils peuvent être poursuivis utilement par le pupille(5).

§ 629. *De l'aliénation des biens pupillaires.*

D. 27, 9, *de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.*

C. 5, 71, *de praediis vel aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis.*

I. En général, aucun bien pupillaire(1) ne peut être aliéné d'une manière quelconque(2) sans un décret du magistrat. Celui-ci doit au préalable procéder à une enquête(3) et avant tout prendre l'avis soit des parents du pupille, soit d'autres personnes au courant des affaires de ce dernier(4). Il ne doit autoriser l'aliénation qu'en cas de nécessité ou d'avantage évident. L'aliénation est nécessaire, si un créancier du pupille menace de le poursuivre et s'il n'est possible de le payer qu'en vendant des biens pupillaires(5). Elle est

§ 628—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 4. — (2) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 5, § 7-8.

(3) D. 21, 2, *de evict.*, L. 4, § 1 initio, cf. § 1 i. f.

(4) D. 26, 9, *quando ex facto tut.*, L. 5, § 1 initio.

(5) D. *eod.*, L. 2. Voyez encore D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 5, § 9. Cf. ci-dessus T. II, § 393, II.

§ 629—(1) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22, pr. et § 1 ; D. *h. t.*, L. 3, § 4 et 5 initio.

(2) C. *h. t.*, L. 4, L. 15, L. 17 initio; D. *h. t.*, L. 1, § 2, v° obligarive, L. 3, § 5, v[is] An ergo......... Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°. — (3) D. *h. t.*, L. 11 initio.

(4) D. *h. t.*, L. 5, § 11, v[is] Requirat ergo......... habet.

(5) D. *h. t.*, L. 1, § 2, v[is] Quod si forte......... debeant, L. 5, § 9.

d'un avantage évident, si l'impubère a une dette pour laquelle il paye un intérêt de 6 °/o, tandis que ses immeubles rapportent seulement 2 °/o[6]. Par dérogation à la règle énoncée :

1° Le tuteur peut aliéner sans décret du magistrat les fruits[7], les choses inutiles[8] ou sujettes à détérioration[9] ainsi que l'argent; il peut aliéner les deniers pupillaires par la voie du prêt[10] ou d'un payement[11]. Ces choses sont naturellement destinées à être aliénées et dès lors leur aliénation constitue un acte de simple administration; elle est même le plus souvent un devoir pour le tuteur.

2° Le tuteur peut de sa propre autorité faire les aliénations auxquelles un tiers a un droit acquis à un autre titre; dans l'espèce le recours au magistrat est sans objet, puisque l'aliénation ne saurait être empêchée. Tel est le cas où un bien étant indivis entre le pupille et un tiers, celui-ci intente l'action en partage[12]; mais le tuteur ne peut exercer lui-même cette action sans un décret du magistrat[13].

3° Le tuteur a qualité pour recevoir sans décret du magistrat les revenus d'un ou de deux ans, quel qu'en soit l'import, et même les revenus de plus de deux années s'ils ne dépassent pas cent solides (environ 1500 fr.)[14]; la réception de pareils revenus, tout en impliquant l'aliénation d'une créance[15], est un acte de simple administration. Le décret du magistrat reste nécessaire pour la réception des capitaux d'un import quelconque et des revenus qui excèdent à la fois deux années et cent solides[16].

II. L'aliénation faite contrairement à ces règles est nulle. Le pupille conserve donc la propriété de ses biens corporels aliénés sans décret du magistrat; il peut les revendiquer[17] et son tuteur

(6) L. 5 cit., § 9 i. f., cf. § 14. — (7) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 28, § 5.
(8) C. 5, 72, *quando decr. opus non est*, L. 4.
(9) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7, § 1 initio.
(10) Arg. I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio. — (11) Arg. § 2 i. f., cit.
(12) C. *h. t.*, L. 17 i. f.
(13) L. 17 initio, cit. Voyez encore D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f., L. 5, § 7.
(14) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 25, L. 27. — (15) Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°.
(16) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 25, L. 27. — (17) C. *h. t.*, L. 16, pr. (L. 16 initio).

a le même droit, sauf qu'à raison de son dol il est tenu de tous dommages et intérêts vis-à-vis de l'acquéreur. Si un payement a été fait irrégulièrement au tuteur, le pupille demeure créancier (18).

Non solum per venditionem rustica praedia vel suburbana pupilli vel adulescentes alienare prohibentur, sed neque transactionis ratione neque permutatione et multo magis donatione nec alio quoquo modo ea transferre e dominio suo possunt (C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio)).

Si.. deprehenderit (*i. e. praetor*) non posse aliunde exsolvi (*i. e. aes alienum*) quam ex praediorum distractione, tunc permittet distrahi, si modo urgueat creditor aut usurarum modus parendum aeri alieno suadeat (D. *h. t.*, L. 5, § 9).

Inter omnes minores nec commune praedium sine decreto praesidis sententia (19) senatus consulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam provocante tantum majore socio ejus alienationem et sine decreto fieri jam pridem obtinuit (C. *h. t.*, L. 16).

§ 630. *De la restitution en entier des impubères.*

Si un pupille dûment autorisé (1) ou son tuteur (2) fait un acte juridique, le cas échéant avec un décret du magistrat (3), et que le pupille ait été lésé par cet acte, il jouit du bénéfice de la restitution en entier des mineurs. Par contre, si l'acte n'a pas été conclu d'une façon régulière, le bénéfice est exclu, car il constitue seulement une voie de droit subsidiaire, ouverte à défaut des moyens ordinaires; or, dans l'espèce, l'impubère est protégé par le droit commun; l'acte juridique est nul à son égard (4).

(18) Cf. ci-dessus T. II, § 287, I, 1° i. f. — (19) L'esprit.

(1) D. 4, 4, *de minor.*, L. 29, pr. — (2) D. 4, 1, *de in integr. restit.*, L. 8 initio.

(3) C. 5, 71, *de praed. et al. reb. min.*, L. 11, § 1 (L. 11 i. f.).

(4) D. 4, 4, *de minor.*, L. 16, pr. Cf. ci-dessus T. I, § 104, II, C.

§ 631. *De la confirmation d'un acte irrégulier.*

C. 2, 45 (46), *si major factus ratum habuerit.*

Si le pupille ou son tuteur a fait irrégulièrement un acte juridique et que celui-ci ne soit pas inexistant(1), le pupille peut le confirmer d'après le droit commun(2), donc après qu'il est devenu capable de le faire lui-même; tantôt cette capacité existe dès l'âge de la puberté, tantôt seulement après la majorité(3).

Qui post vicesimum quintum annum aetatis ea quae in minore aetate gesta sunt rata habuerunt, frustra rescissionem eorum postulant (C. *h. t.*, L. 2).

§ 632. *Du cas où il y a plusieurs tuteurs.*

I. En principe chacun des cotuteurs est investi de l'intégralité de la tutelle. Chacun peut gérer seul(1) et l'autorisation d'un seul suffit pour valider les actes du pupille(2); chacun est aussi responsable de l'administratien entière(3). Mais cette indépendance des cotuteurs est nuisible au pupille, parce qu'elle détruit l'unité de la gestion. On remédie de deux manières à l'inconvénient :

1° Le testateur qui nomme plusieurs tuteurs, est libre de confier l'administration à un seul(4). En outre, s'il s'agit de plusieurs tuteurs testamentaires ou datifs nommés après enquête, la gestion appartient à celui d'entre eux que désigne la majorité(5) ou à celui qui fournit volontairement un fidéjusseur, tandis que les autres n'en fournissent pas(6). Alors le gérant seul a le droit et le devoir d'administrer(7). Mais ses collègues ont pour mission de le sur-

§ 631—(1) Cf. ci-dessus T. I, § 81, III, 2°. — (2) § 82.

(3) C. *h. t.*, L. 2. Voyez encore C. 5, 74, *si major fact. sine decr. fact. alien. rat. hab.*, L. 3.

§ 632—(1) C. 5, 40, *si ex plur. tut.*, L. 1.

(2) C. 5, 59, *de auctor. praest.*, L. 5, pr. (L. 5 initio).

(3) D. 27, 8, *de mag. conven.*, L. 5; D. *h. t.*, L. 55, § 2. — (4) D. *h. t.*, L. 3, § 1.

(5) L. 3 cit., § 7 initio; D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 19, § 1 i. f.

(6) D. *eod.*, L. 17, pr., L. 19, § 1 initio. — (7) D. *h. t.*, L. 3, § 1 et 7 initio.

veiller et de provoquer, le cas échéant, sa destitution(8); à Rome on les appelait *tutores honorarii*, parce qu'ils restaient étrangers à l'administration(8).

2° Le testateur(9) ou le magistrat(10) peut aussi diviser l'administration entre les tuteurs, soit par branches, soit d'après la situation des biens(11); les tuteurs eux-mêmes ne le peuvent point(12). Dans ce cas, chacun a le droit et le devoir d'administrer la partie de la tutelle qui lui a été confiée(13); chacun a aussi l'obligation de surveiller ses collègues(14).

II. Lorsque plusieurs tuteurs sont en faute par rapport à l'une des obligations prémentionnées, ils sont de plein droit solidairement tenus envers le pupille(15); mais, comme les fidéjusseurs, ils jouissent des bénéfices d'ordre, de division et de cession d'actions. Le premier appartient au tuteur qui n'a pas fait personnellement l'acte nuisible au pupille, dans le but de demander la discussion préalable de l'auteur de l'acte, si l'auteur est solvable(16). Le second tend à faire diviser la poursuite entre tous les tuteurs solvables qui se trouvent dans les mêmes conditions de responsabilité quant à l'acte dommageable, notamment entre tous les auteurs de cet acte ou entre tous les tuteurs honoraires qui ont manqué à leur devoir de surveillance vis-à-vis du gérant(17). Le troisième bénéfice compète au tuteur condamné pour le fait d'un autre et vise à la cession des actions du pupille contre ce dernier(18).

(8) D. *h. t.*, L. 3, § 2. — (9) D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 15.
(10) D. *h. t.*, L. 3, § 9 cbn. avec § 7 i. f. — (11) D. *h. t.*, L. 4 initio.
(12) C. 5, 52, *de divid. tut.*, L. 2, § 3 (L. 2 i. f.).
(13) D. *h. t.*, L. 4; C. 5, 52, *de divid. tut.*, L. 2, § 1 initio (L. 2).
(14) L. 2, § 1 i. f., cit.
(15) L. 2 cit., pr. et § 3 (L. 2); D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 39, § 11 i. f.
(16) C. 5, 52, *de divid. tut.*, L. 3; D. *h. t.*, L. 39, § 11 initio.
(17) D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, § 11-12; D. *h. t.*, L. 38, pr.
(18) D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, § 18; C. 5, 52, *de divid. tut.*, L. 2, pr. i. f. et § 3 i. f. (L. 2). Cf. D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, § 13.

IV. De la fin de la tutelle.

§ 633. *Des causes qui mettent fin à la tutelle.*

I. 1, 22, *quibus modis tutela finitur.* — C. 5, 60, *quando curatores vel tutores esse desinant.*

1° La tutelle finit quand le pupille atteint l'âge de la puberté(1), quand il décède (2) ou bien subit une grande ou une moyenne diminution de tête(3), car la tutelle ayant un caractère civil s'exerce seulement sur des citoyens romains, enfin quand le pupille, par suite d'une adrogation ou d'une légitimation, tombe sous la puissance paternelle(4), auquel cas la tutelle n'a plus de raison d'être.

2° La tutelle finit au moins pour le tuteur, sauf établissement d'une tutelle nouvelle, quand le tuteur décède (5) ou bien subit une grande ou une moyenne diminution de tête (6); comme la tutelle est de droit civil, elle peut seulement appartenir à des citoyens romains. Elle finit encore si le tuteur est frappé d'autres incapacités dans le cours de la tutelle(7), s'il acquiert après coup une juste cause d'excuse(8) ou s'il est destitué (*removere suspectum tutorem*) (9). L'ancienne tutelle légitime des agnats étant fondée sur l'agnation s'éteignait de plus par la petite diminution de tête du tuteur (10).

§ 634. *Des droits et des obligations du pupille à la fin de la tutelle.*

D. 27, 3, *de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione.*
C. 5, 51, *arbitrium tutelae.*

Entre le tuteur et le pupille existe un quasi-contrat analogue au mandat; le tuteur est assimilé à un mandataire et le pupille à un mandant (1).

§ 633—(1) I. *h. t.*, pr. initio. — (2) I. *h. t.*, § 3. — (3) I. *h. t.*, § 2.
(4) I. *h. t.*, § 1 initio. — (5) I. *h. t.*, § 3. — (6) I. *h. t.*, § 4 initio.
(7) Nov. 94, c. 2 i. f. — (8) I. *h. t.*, § 6; D. 27, 1, *de excus.*, L. 40, pr.
(9) I. *h. t.*, § 6 initio. — (10) I. *h. t.*, § 4, v^{is} Minima autem......... pereunt.
§ 634—(1) Cf. ci-dessus T. I, § 618, 1° i. f.

1° Après que la tutelle a pris fin(2), le tuteur, comme le mandataire, doit rendre compte de sa gestion(3) et restituer tout ce qu'il a reçu pour le pupille(4); il est soumis de ce chef à l'*actio tutelae directa*(5). Le pupille peut en outre poursuivre les cautions du tuteur(6) et subsidiairement les magistrats municipaux qui ont présenté un tuteur insolvable(7) ou accepté des cautions insolvables(8). Ses droits sont garantis par une hypothèque légale sur les biens du tuteur(9).

2° De son côté, le tuteur a vis-à-vis du pupille les droits du mandant et dispose de l'*actio tutelae contraria*(10); mais il fera généralement valoir ses droits en opposant une exception à l'action du pupille(11).

SECTION II. — DE LA TUTELLE DES FEMMES.

DE SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* III, n° 10, p. 328-348, Berlin, 1817.
VAN MAANEN (J. M.), *De muliere in manu et in tutela*, c. 2-4, Leide, 1823.

§ 635. *Notion et historique.*

1° Dans l'ancien droit romain, les femmes *sui juris* étaient soumises à la tutelle à raison de leur seule qualité, quel que fût leur âge(1). Cette tutelle avait été admise dans l'intérêt non pas de la femme, mais de ses agnats; en empêchant la femme de disposer de ses biens, on conservait ceux-ci aux agnats(2).

2° Déjà la loi *Julia et Papia Poppaea* du règne d'Auguste libéra de la tutelle les femmes qui avaient un certain nombre d'enfants

§ 634—(2) D. *h. t.*, L. 4, pr. initio. — (3) C. *h. t.*, L. 9 initio.
(4) C. *h. t.*, L. 9 initio, L. 13, pr. et § 1 (L. 13, pr.). Cf. D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7, § 11 initio, L. 15, L. 32, § 2. — (5) D. *h. t.*, L. 1, § 3 initio.
(6) C. 5, 57, *de fidej. tut.*, L. 1; D. 27, 7, *de fidej. et nomin.*, L. 4, § 3; D. 26, 6, *qui pet. tut.*, L. 2, § 5 i. f.
(7) C. 5, 75, *de mag. conven.*, L. 4. Voyez ORTOLAN, II, n° 279 i. f.
(8) I. 1, 24, *de satisd. tut.*, § 2, cf. § 4. — (9) Cf. ci-dessus T. I, § 267, II, 1°.
(10) I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 2 i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 429, II.
(11) D. *h. t.*, L. 1, § 4.
§ 635—(1) GAIUS, I, 144 i. f. — (2) GAIUS, I, 192 i. f., cf. 144 i. f. et 190.



légitimes, trois si elles étaient ingénues, quatre si c'étaient des affranchies (*jus trium vel quatuor liberorum*)[(3)]. Sous Claude, une loi *Claudia* affranchit au moins les ingénues non émancipées de la tutelle légitime de leurs agnats[(4)]. Bientôt après la tutelle des femmes commença à devenir nominale; on admit que le tuteur pourrait être contraint d'autoriser la femme[(5)], même quand celle-ci voulait se soumettre à la *manus*[(6)]. Dès lors la femme qui désirait changer de tuteur, se soumettait à une *manus* formelle; puisqu'elle était maintenant *alieni juris,* le tuteur en fonctions perdait sa qualité; l'acquéreur de la *manus* libérait la femme de cette puissance, en la faisant passer pour la forme sous le *mancipium* du tiers qu'elle voulait avoir comme tuteur, et ce tiers en l'affranchissant du *mancipium* devenait son tuteur fiduciaire[(7)]. Sous le Bas-Empire la tutelle des femmes tomba en désuétude.

§ 636. *Théorie de la tutelle des femmes.*

La tutelle des femmes était soumise à la plupart des règles de la tutelle des impubères[(1)]. Voici les principales différences :

1° Le tuteur de la femme se bornait à l'autoriser; il ne concluait jamais lui-même un acte juridique[(2)] et partant entre la femme et son tuteur il n'existait aucun rapport obligatoire, aucune action[(3)].

2° La femme pouvait aliéner librement ses *res nec mancipi*[(4)], donc aussi payer de pareilles choses[(5)], recevoir des payements[(6)] ou prêter de l'argent[(7)]. Elle était aussi capable de tester avec l'autorisation d'un tuteur fiduciaire[(8)], mais jusqu'à Adrien on ne lui permettait pas de faire un testament même avec l'autorisation d'un autre tuteur[(9)]; cette autorisation semblait contraire au but de

§ 635—(3) Gaius, I, 194. — (4) Gaius, I, 171 i. f.
(5) Gaius, I, 190 i. f., cf. 192 initio. — (6) Arg. Gaius, I, 114 i. f. et 115.
(7) Gaius, l. c.
§ 636—(1) Gaius, I, 144 initio, 155 et 185. — (2) Ulpien, XI, 25.
(3) Gaius, I, 191 initio. — (4) Ulpien, XI, 27 i. f. — (5) Arg. Gaius, II, 81.
(6) Gaius, II, 85 initio, cf. i. f. — (7) Gaius, II, 81. — (8) Gaius, I, 115ª initio.
(9) Gaius, I, 115ª.

la tutelle, qui était de conserver l'hérédité de la femme à ses agnats (10).

CHAPITRE II. — DE LA CURATELLE.

I. 1, 23, *de curatoribus.*
D. 27, 10, *de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.*
C. 5, 70, *de curatore furiosi vel prodigi.*

Il existe des curatelles des mineurs pubères, des aliénés, des faibles d'esprit, des prodigues et des infirmes; il y a aussi certaines curatelles exceptionnelles des impubères. On leur applique en général les règles de la tutelle des impubères; il suffira d'indiquer les différences.

§ 637. *De la curatelle des mineurs pubères.*

DE SAVIGNY, *Vermischte Schriften* II, n° 18, p. 321-395, Berlin, 1850.

I. La loi *Plaetoria* antérieure à l'année 192 avant l'ère chrétienne accordait aux mineurs le droit de demander un curateur spécial pour des causes graves dont l'appréciation appartenait au magistrat (1). D'après cela le mineur restait libre de conclure toute sorte d'actes juridiques, sans se faire donner un curateur, et le magistrat de son côté pouvait ne pas accueillir la demande d'un curateur qui lui était faite par le mineur; le curateur, s'il était nommé, était un curateur spécial; sa mission était restreinte à l'acte qui avait provoqué sa nomination. Mais plus tard on admit que le mineur serait incapable de conclure certains actes d'une importance particulière et que, pour ces actes, la nomination d'un curateur spécial serait obligatoire (2). Comme plusieurs des actes dont il s'agit étaient usuels, Marc-Aurèle permit aux mineurs de se soustraire à des demandes réitérées d'un curateur spécial, en

(10) Pour d'autres différences voyez : 1° GAIUS, I, 148, 150-154, 2° GAIUS, I, 173 et 179-181, 3° GAIUS, I, 168-172.

(1) ULPIEN, XII, 4. — (2) Cf. DION CASSIUS, LII, 20.

sollicitant un curateur général (3); celui-ci n'était pas imposé par la loi (4), mais de fait presque tous les mineurs romains étaient placés sous curatelle (5).

II. Pour les mineurs pubères la capacité est la règle, l'incapacité est l'exception. Ils peuvent conclure généralement tous les actes juridiques; ils sont seulement incapables :

1° de faire des aliénations (6),

2° de recevoir le compte de tutelle (7),

3° de se faire adroger (8),

4° d'accepter (9) ou de répudier (10) une hérédité,.

5° de plaider, s'ils ont moins de dix-sept ans (11),

6° de conclure des conventions qui tendent à une aliénation, s'ils ont un curateur général. Mais, comme il a été expliqué ailleurs, les mineurs sous curatelle sont capables de conclure des conventions qui n'ont pas pour objet d'aliéner, et les mineurs non pourvus d'un curateur sont capables de conclure des contrats quelconques (12).

Et 7° de se marier, s'il s'agit d'une fille mineure (13).

Dans ces cas, sauf ce qui a été dit du mariage de la fille mineure (14), le curateur général ou un curateur spécial doit intervenir, soit en donnant son consentement, qui n'a aucun caractère solennel, soit en faisant lui-même l'acte juridique (15).

III. La curatelle des mineurs pubères est exclusivement dative (16) et prend fin lorsque le mineur atteint l'âge de vingt-cinq ans (17) ou qu'il obtient le congé d'âge (*venia aetatis*) par un rescrit

(3) Capitolin, *Marc-Aurèle* 10. — (4) I. *h. t.*, § 2.

(5) I. *h. t.*, pr.; D. 4, 4, *de minor.*, L. 1, § 3.

(6) D. 27, 9, *de reb. eor., qui sub tut.*, L. 1, § 2, L. 3, § 4-5 ; C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22, pr. et § 1, L. 25, L. 27, L. 28, § 5 ; C. 5, 71, *de praed. et al. reb. min.*, L. 4, L. 15, L. 17. Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°. — (7) C. 5, 31, *qui pet. tut.*, L. 7.

(8) D. 1, 7, *de adopt.*, L. 8.

(9) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 26. Cf. C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 12.

(10) Arg. D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 18, cbn. avec C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 26.

(11) D. 3, 1, *de postul.*, L. 1, § 3 initio. — (12) Cf. ci-dessus T. II, § 369, 2°.

(13) C. 5, 4, *de nupt.*, L. 20, pr. (L. 20 initio). — (14) T. II, § 534, 3°.

(15) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 1, § 3-4. — (16) I. *h. t.*, § 1. — (17) I. *h. t.*, pr.

impérial. Cette faveur peut être accordée aux hommes à l'âge de vingt ans et aux femmes âgées de dix-huit ans[18]; elle a pour effet d'assimiler le mineur à un majeur et même de le priver du bénéfice de la restitution en entier[19]; toutefois il ne peut aliéner ses immeubles sans un décret du magistrat[20].

§ 638. *De la curatelle des aliénés.*

1° La loi des Douze tables plaçait les aliénés sous la curatelle légitime de leurs agnats ou gentils[1]; mais plus tard le curateur du fou fut exclusivement nommé par le magistrat[2].

2° L'aliéné est incapable de faire aucun acte soit juridique[3], soit illicite[4], car il manque de volonté et celle-ci est de l'essence d'un acte quelconque. Le curateur doit gérer les biens du fou et s'efforcer d'obtenir le rétablissement de sa santé[5]. L'incapacité du fou étant basée sur l'absence de volonté, cesse lorsque le fou se trouve dans un intervalle lucide dûment établi[6]; la curatelle est alors suspendue[7].

3° Elle cesse de plein droit par la guérison du fou[8], un jugement est inutile; s'il en intervient un, il ne fait que constater la cessation de la curatelle à partir de la guérison.

Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 8).

Sancimus.. per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt (C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6)).

(18) C. 2, 44 (45), *de his qui ven. aet. impetr.*, L. 2, pr. et § 1.
(19) C. *eod.*, L. 1. — (20) C. *eod.*, L. 3.
(1) I. *h. t.*, § 3 initio; Cic., *de invent.* II, 50 initio.
(2) I. *h. t.*, § 3 i. f. et 4. Voyez en ce sens Puchta, *Instit.* II, § 299, 1°.
(3) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 8, — (4) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5, § 2 initio.
(5) D. *h. t.*, L. 7, pr. — (6) C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6). — (7) L. 6 cit.
(8) D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.

Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi (D. *h. t.*, L. 7, pr.).

§ 639. *De la curatelle des faibles d'esprit.*

La curatelle des faibles d'esprit s'introduisit dans le droit romain par l'effet de l'usage[1]; elle est dative[2]. Le faible d'esprit est frappé en général de la même incapacité que l'impubère sorti de l'enfance[3]; comme ce dernier, il a une volonté qui n'est pas suffisamment éclairée. Toutefois il peut se marier[4].

§ 640. *De la curatelle des prodigues.*

1° La loi des Douze tables soumettait à la curatelle légitime de leurs agnats ou gentils[1] ceux qui dissipaient la succession ab intestat de leurs ascendants[2]; plus tard la curatelle fut étendue à la dissipation de toute sorte de biens[3] et devint purement dative[4].

2° L'incapacité du prodigue sous curatelle est analogue à celle de l'impubère sorti de l'enfance[5]; le prodigue étant enclin à la dépense, n'a pas de volonté suffisamment forte. Mais, à la différence de l'impubère âgé de sept ans, il peut se marier[6], et accepter une hérédité[7], parce que sa prodigalité n'est pas à craindre à l'occasion de ces actes[8].

3° La curatelle finit de plein droit lorsque le prodigue s'est amendé[9].

---

§ 639—(1) Cf. D. 3, 1, *de postul.*, L. 2. — (2) L. 2 cit.

(3) Arg. D. 28, 1, *qui testam. fac. poss.*, L. 2.

(4) Arg. D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 20. Il n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son curateur et ne jouit pas de la restitution en entier.

§ 640—(1) I. *h. t.*, § 3 initio; Cic., *de invent.* II, 50.

(2) Arg. Ulpien, XII, 3. Cf. Paul, III, 4A, § 7.

(3) Ulpien, XII, 3; D. *h. t.*, L. 1, pr. — (4) I. *h. t.*, § 3 i. f.

(5) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 initio; I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, § 2 initio. — (6) Arg. D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 20.

(7) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 5, § 1.

(8) Ici encore pas d'hypothèque légale ni de restitution en entier.

(9) D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.

Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6).

§ 641. *De la curatelle des infirmes.*

La curatelle des infirmes dut son origine à l'usage[1] et est essentiellement dative[2]. L'incapacité des infirmes varie d'après leur infirmité[3] et leur guérison met de plein droit fin à la curatelle[4].

§ 642. *Des curatelles exceptionnelles des impubères.*

On donne exceptionnellement un curateur à des impubères, même à ceux qui sont sous puissance paternelle, dans le but de suppléer le tuteur ou le père de famille qui, pour un motif quelconque, ne peut ou ne veut administrer, par exemple :

1° Si le tuteur doit conclure un acte juridique avec l'impubère[1] ou bien s'il se fait momentanément excuser[2].

2° Si l'administration des biens de l'impubère est enlevée au père de famille pour négligence grave[3].

§ 641 - (1) Cf. I. *h. t.*, § 4. — (2) § 4 cit. — (3) Cf. ci-dessus T. II, § 623, 4°.
(4) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.

§ 642 - (1) Cf. ci-dessus T. II, § 627, 2°. — (2) I. *h. t.*, § 5 i. f.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 592, II, 2°. Voyez encore I. *h. t.*, § 5, v^is Interdum autem...... . adjungi.

LIVRE CINQUIÈME.

DU DROIT HÉRÉDITAIRE.

MAYER, *Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römischen Rechte. Die universelle Nachfolge von Todeswegen*, Berlin, 1840, et *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen*, une livraison, Tübingen, 1854.

VERING, *Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwickelung*, Heidelberg, 1861.

SCHIRMER, *Handbuch des römischen Erbrechtes*, Leipzig, 1863 (inachevé).

TEWES, *System des Erbrechts nach heutigem Römischen Recht*, 2 vol., Leipzig, 1863-1864.

KOEPPEN, *System des heutigen römischen Erbrechts*, 2 livraisons, Iéna, 1862-1864, et *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, Würtzbourg, 1886 (inachevé).

RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, Bruxelles, 1878.

§ 643. *Aperçu de la matière.*

Le droit héréditaire est l'ensemble des règles relatives aux successions à cause de mort; il comprend l'hérédité, les legs, les donations à cause de mort et les libéralités indirectes à cause de mort[1]. Il y a donc quatre sortes de successions à cause de mort, *mortis causa capiones*[2]; mais, dans un sens restreint, on appelle *mortis causa capio* la succession à cause de mort en vertu d'une libéralité indirecte à cause de mort[3].

(1) Cf. D. 39, 6, *de mortis causa donat. et capion.*, L. 8, pr., L. 31, pr., L. 38, initio. — (2) Mêmes textes.

(3) D. 39, 6, *de mort. causa donat. et capion.*, L. 31, pr. Cf. ci-après § 753.

TITRE I.

DE L'HÉRÉDITÉ.

CHAPITRE I. — DE L'HÉRÉDITÉ EN GÉNÉRAL.

§ 644. *Principes fondamentaux.*

L'hérédité (*hereditas*) est une succession à cause de mort à la fois universelle et directe [1].

1° C'est une succession universelle [1]; l'héritier succède à la personne même du *de cujus* [2] et par conséquent il doit être appelé à l'ensemble des biens héréditaires, au moins pour une quote-part; l'institution d'héritier pour des biens déterminés est un simple legs [3]. Les Romains avaient l'habitude de comparer l'hérédité à leur unité monétaire, l'as, et de la diviser également en douzièmes ou onces; ils instituaient *ex asse* (pour le tout), *ex semisse* (pour 1/2), *ex uncia* (pour 1/12), etc. [4].

2° L'hérédité est une succession directe, en ce sens qu'entre l'héritier et le *de cujus* il n'existe aucun intermédiaire. Toutefois, depuis le décès du *de cujus* jusqu'à l'acquisition de l'hérédité, celle-ci appelée hérédité jacente, *hereditas jacens**, constitue une personne civile [5], qui continue provisoirement le *de cujus* [6]. A raison de son caractère passager, cette personne civile n'a pas de représentant; donc elle est seulement capable d'acquérir ou d'être

(1) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 24. — (2) Nov. 48, praef. i. f.
(3) C. 6, 24, *de hered. instit.*, L. 13. — (4) I. 2, 14, *de hered. instit.*, § 5 initio.
(5) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 22 i. f. — (6) I. 3, 17, *de stipul. serv.*, pr. initio.

obligée en tant que l'acquisition ou l'obligation n'exige aucune manifestation de volonté de sa part; elle peut achever une usucapion commencée[7] et est obligée vis-à-vis d'un tiers qui gère utilement les affaires de la succession[8]. D'ailleurs l'hérédité jacente est absorbée après coup par l'héritier; lorsque celui-ci a acquis la succession, il est censé représenter le *de cujus* dès le jour du décès de ce dernier[9]; l'hérédité jacente est considérée comme n'ayant pas existé[10].

Nihil est aliud 'hereditas' quam successio in universum jus quod defunctus habuit (D. 50, 16, *de V. S.*, L. 24).

Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes.., quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte,.. eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint (C. 6, 24, *de hered. instit.*, L. 13).

SECTION I. — DE LA DÉLATION DE L'HÉRÉDITÉ.

§ 645. *Notions générales.*

1° L'hérédité est déférée ou ouverte quand quelqu'un y est appelé de manière à pouvoir l'acquérir[1]. En vertu de la délation de l'hérédité, l'appelé a la faculté de devenir héritier, mais il n'est pas encore héritier; il ne le devient et les droits attachés à la qualité d'héritier n'entrent dans son patrimoine que par l'acquisition de l'hérédité. Cette acquisition se fait généralement par un acte d'acceptation[2]. L'appelé qui décède avant d'avoir accepté, transmet-il à ses propres héritiers la faculté de faire l'acceptation? Dans l'ancien droit

(7) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 40. — (8) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 20 (21), § 1.

(9) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 54.

(10) Voyez en faveur de la personnalité civile de l'hérédité jacente MAYNZ, III, § 411 initio, et WINDSCHEID, III, § 531 et note 10. Cf. RIVIER, cité, § 6. Contra DE SAVIGNY, *System* II, § 102.

(1) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 151. — (2) I. 2, 19, *de hered. qual. et diff.*, § 7 initio.

romain, cette transmission n'avait pas lieu (3). Sous Justinien elle s'opère dans plusieurs cas et notamment si l'appelé décède soit dans le cours du délai qu'il a obtenu pour délibérer (4), soit dans l'année à partir du jour où il a su que l'hérédité lui était déférée ; ses héritiers peuvent accepter pendant la partie de l'un ou de l'autre délai qui reste encore à courir (5). Si, par contre, quelqu'un décède avant que l'hérédité lui ait été déférée, il ne transmet jamais rien à ses propres héritiers (6), car il n'avait personnellement aucun droit.

2° En général l'hérédité est déférée au moment du décès du *de cujus* (7); c'est alors et alors seulement qu'il existe une succession (8). Toutefois, il est évident que si une personne est appelée à une hérédité en seconde ligne, l'hérédité peut seulement lui être déférée après que le premier appelé a fait défaut (9). De même l'hérédité ne s'ouvre au profit d'un héritier institué sous condition qu'après l'accomplissement de la condition (10), car celle-ci suspend l'existence du droit à l'hérédité. Enfin, quant à l'hérédité testamentaire, la loi *Julia et Papia Poppaea* portée sous Auguste avait reculé la délation jusqu'à l'ouverture du testament (11); de cette manière, si l'institué venait à décéder après le disposant mais avant l'ouverture du testament, l'institution d'héritier était caduque (11) et, à défaut d'autres institués et de légataires ayant des enfants, l'État profitait de la caducité (12). La disposition de la loi *Julia et Papia Poppaea* avait donc un caractère fiscal; Justinien l'abrogea et fit remonter la délation de l'hérédité au décès du testateur (13).

'Delata' hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi (D. 50, 16, *de V. S.*, L. 151).

Si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem

(3) C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 7. — (4) Cf. ci-après § 698, 4°.
(5) C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 19. — (6) D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 9 i. f.
(7) Arg. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 151, cbn. avec D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 27.
(8) D. 18, 4, *de hered. v. act. vend.*, L. 1.
(9) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 70, pr. — (10) D. *eod.*, L. 13, pr.
(11) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 1e initio (§ 1 initio).
(12) Cf. ci-après § 695, II. — (13) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 1e i. f. (§ 1 i. f.).

meruerit vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa (C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 19, § 1 (L. 19)).

Vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur (D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 9).

§ 646. *Des divers modes de délation de l'hérédité.*

1° L'hérédité se défère par testament ou en vertu de la loi(1); de là une hérédité testamentaire et une hérédité légitime ou ab intestat; la première était de loin la plus fréquente à Rome, il était rare qu'un Romain décédât sans testament. Il va de soi que l'hérédité légitime s'ouvre seulement à défaut de l'hérédité testamentaire; elle est exclue dès qu'il y a un héritier testamentaire ou même qu'une hérédité testamentaire est simplement possible(2), par exemple quelqu'un est institué sous condition et la condition est encore en suspens. Mais de plus, peut-être par suite d'une interprétation littérale du principe d'après lequel l'hérédité légitime s'ouvre à défaut de testament, l'héritier ab intestat était exclu par une institution d'héritier limitée à une partie des biens; l'institué obtenait la succession entière, malgré la volonté contraire du testateur; on n'admettait pas qu'une personne pût décéder partie testat, partie intestat; *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*(3). Le droit romain connaît aussi une hérédité contraire à un testament; celle-ci l'emportait naturellement sur les deux autres modes de délation; mais de fait une pareille hérédité est légitime(4).

2° L'hérédité n'est jamais déférée par convention; le *de cujus* ne peut faire une institution contractuelle, c'est-à-dire instituer

(1) I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 6 i. f. — (2) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 39.

(3) I. 2, 14, *de hered. instit.*, § 5, v^is et si unum........ decedere potest. Cf. Maynz, III, § 359, p. 198, et Observation, n° 2. — (4) Cf. ci-après § 681-690.

une personne par une convention conclue avec elle (5). Ce serait éluder les formes testamentaires, qui sont destinées à assurer la libre manifestation des volontés dernières.

Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur (D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 39).

Si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit : neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest (I. 2, 14, *de hered instit.*, § 5).

Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata (6), intellegis te nulla actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur (C. 5, 14, *de pact. conv.*, L. 5).

SECTION II. — DE L'INCAPACITÉ D'HÉRITER ET DE L'INDIGNITÉ.

I. De l'incapacité d'hériter.

§ 647. *Des causes d'incapacité.*

I. Sont incapables d'hériter :

1° Celui qui n'est pas encore conçu au décès du *de cujus*; comme il n'a aucune existence à ce moment, il ne saurait être appelé à la succession (1). Mais, si un enfant est conçu au décès du *de cujus* et qu'il naisse plus tard dans les conditions requises, il est réputé né le jour de sa conception, car il y a intérêt (2);

2° Les étrangers (3); le droit d'hériter est fondé sur le *jus civile* et les étrangers ne jouissent pas du bénéfice de ce droit;

3° Jusqu'à un certain point les enfants illégitimes vis-à-vis de

(5) C. 5, 14, *de pact. conv.*, L. 5.

(6) Les biens non dotaux de la femme, donc ses biens paraphernaux.

(1) I. 3, 1, *de hered. quae ab intest. defer.*, § 8, v^is Plane si........ tetigit.

(2) D. 1, 5, *de statu hom.*, L. 26 initio; I. 2, 20, *de leg.*, § 28 initio. Cf. ci-dessus T. I, § 40, 1°. — (3) C. 6, 24, *de hered. instit.*, L. 1.

leur père et réciproquement. D'abord les enfants adultérins ou incestueux n'ont aucun droit de succession ab intestat vis-à-vis de leur père (4) et celui-ci ne peut pas davantage les instituer héritiers (5). Ensuite les bâtards ordinaires n'héritent pas ab intestat de leur père (6); mais, comme la qualité de ce dernier n'a aucune existence légale, il peut pleinement instituer de pareils bâtards. Enfin, entre les enfants naturels proprement dits et leur père il existe un droit restreint de succession ab intestat, qui sera précisé plus loin (7); le père, s'il a une postérité légitime, ne peut instituer ses enfants naturels, tous ensemble, que pour un douzième de ses biens (8) et de son côté l'enfant naturel, s'il a une postérité légitime, ne peut instituer son père que pour la même quotité (9);

4° Les personnes civiles et surtout les collèges (10), sauf qu'on institue valablement l'État (11), les villes (12), les hospices (13), les églises (13) et les couvents (13); il existe aussi un droit de succession ab intestat pour l'État et quelques autres personnes civiles (14).

Les Romains appellent *testamenti factio* la capacité du disposant et celle de l'héritier testamentaire (15); c'est que anciennement l'on testait à Rome en vendant la succession pour la forme à l'héritier; le disposant et l'héritier faisaient ensemble le testament (16). Les auteurs modernes distinguent les deux capacités en appelant celle du disposant *testamenti factio activa** et celle de l'institué *testamenti factio passiva**.

II. Étaient encore incapables dans l'ancien droit romain :

1° Au point de vue de l'institution d'héritier les personnes incertaines, c'est-à-dire celles qui n'étaient pas individuellement

(4) Nov. 89, c. 15, pr. initio. — (5) Arg. du même texte.
(6) Nov. 89, c. 15, pr. initio.
(7) Nov. 89, c. 12, § 4 et 6, et c. 13. Cf. ci-après § 680, 2°.
(8) Nov. 89, c. 12, § 2-3. Voyez encore C. 5, 27, *de natur. lib.*, L. 12.
(9) Nov. 89, c. 13.
(10) C. 6, 24, *de hered. instit.*, L. 8. Cf. ci-dessus T. I, § 54, V, 2° et 3°.
(11) Cic., *de lege agraria* II, 16 initio. — (12) C. 6, 24, *de hered. instit.*, L. 12.
(13) C. 1, 2, *de sacros. eccl.*, L. 23, pr. (L. 23, pr. initio).
(14) Cf. ci-après § 680, 3°.
(15) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 4 i. f. — (16) Cf. ci-après § 657, 2° initio.

désignées par le testateur (j'institue celui qui viendra le premier à mes funérailles)[17]. Par application de ce principe, on ne pouvait instituer les posthumes; l'on comprenait sous ce nom tous ceux qui naissaient après la confection du testament[18]. Mais on admit successivement qu'on pourrait instituer les diverses espèces de posthumes, pourvu qu'ils fussent conçus au décès du disposant[19], ou une autre personne incertaine[20];

2° Les femmes. La loi *Voconia* de l'an 169 avant notre ère, dans le but de restreindre le luxe des femmes, avait défendu aux citoyens possédant 100000 as d'instituer des femmes[21] et les jurisconsultes romains, argumentant de l'esprit de cette loi, *Voconiana ratione,* firent admettre que la femme n'hériterait plus ab intestat de ses agnats qu'en qualité de sœur[22]. Mais sous l'empire la loi *Voconia* disparut avec le cens[23] et Justinien abrogea la *Voconiana ratio*[24];

3° Quant à l'hérédité testamentaire, les célibataires (*caelibes*), c'est-à-dire tous ceux qui n'étaient pas actuellement mariés et n'avaient pas non plus d'enfants d'un précédent mariage, les *orbi* ou les personnes mariées mais sans enfants légitimes, et les *patres solitarii,* qui avaient des enfants légitimes sans être actuellement mariés. En vertu de la loi *Julia et Papia Poppaea* portée sous Auguste, les premiers étaient complètement incapables de profiter d'une institution d'héritier[25], les seconds n'en profitaient que pour moitié[26] et il en était probablement de même des *patres solitarii.* Il fallait donc, pour hériter pleinement par testament, être marié et avoir des enfants légitimes. Mais cette capacité spéciale ou le *jus capiendi** n'était pas exigé lors de la confection du testament; il devait seulement exister dans un certain délai après

(17) Ulpien, XXII, 4. — (18) Gaius, II, 242; arg. Ulpien, XXII, 19.

(19) Ulpien, XXII, 19; I. 3, 9, *de bon. poss.*, pr.; C. 6, 48, *de inc. pers.*, L. un., pr.

(20) I. 2, 20, *de leg.*, § 27 initio. Cf. C. 6, 48, *de inc. pers.*, L. un., § 1 et 27. Voyez Rivier, cité, § 17, note 1. — (21) Gaius, II, 274 initio.

(22) Paul, IV, 8, § 20 (22). — (23) Aulu-Gelle, XX, 1, § 23 (éd. Hertz).

(24) I. 3, 2, *de legit. adgnat. succ.*, § 3b (§ 3 i. f.). — (25) Gaius, II, 286 initio.

(26) Gaius, II, 286a initio.

le décès du testateur; le délai pour le mariage était de cent jours[27]. On dispensait de la capacité nouvelle les parents jusqu'au sixième degré et les enfants de cousins issus de germains[28]. L'incapacité des célibataires, des *orbi* et des *patres solitarii* fut abolie sous le Bas-Empire[29].

§ 648. *Des époques auxquelles doit exister la capacité d'hériter.*

1° L'héritier testamentaire doit être capable lors de la confection du testament, sinon l'institution d'héritier est inexistante[1]. Il doit encore l'être d'une manière continue depuis la délation jusqu'à l'acquisition de l'hérédité[2]; s'il est incapable à un moment quelconque de cette période, l'hérédité ne peut lui être déférée ou elle cesse de l'être, ou bien elle ne peut être acquise; on la défère à d'autres et dès lors l'incapable en est définitivement exclu. Mais une incapacité simplement intermédiaire entre la confection du testament et l'ouverture de l'hérédité est indifférente[3], car, pendant cette période, le testament ne produit encore aucun effet juridique.

2° L'héritier ab intestat doit être capable d'une façon continue depuis l'ouverture jusqu'à l'acquisition de l'hérédité[4].

II. De l'indignité; § 649.

D. 34, 9, *de his quae ut indignis auferuntur.*
C. 6, 35, *de his quibus ut indignis auferuntur...*

I. Il y a indignité lorsqu'une personne est exclue d'une hérédité pour certains actes illicites ou immoraux. C'est ce qui a surtout lieu :

1° Si le successible a donné ou tenté de donner la mort au

(27) Ulpien, XVII, 1 initio. — (28) *Vatic. fragm.* 216 initio.
(29) C. 8, 57 (58), *de infirm. pœn. caelib.*, L. 1-2.
(1) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 4 initio. — (2) Cf. § 4 initio, cit.
(3) § 4 cit., v^is Medio autem tempore......... debent. — (4) Arg. § 4 initio, cit

de cujus (1) ou bien si, instruit du meurtre du *de cujus*, il ne l'a pas dénoncé à la justice (2);

2° S'il a abandonné le *de cujus* alors qu'il était atteint d'aliénation mentale (3) ou s'il a négligé de racheter le *de cujus* fait prisonnier de guerre (4);

3° S'il a omis de faire nommer un tuteur au *de cujus* impubère (5);

4° S'il refuse d'exécuter les charges que le testateur lui a imposées (6);

5° S'il s'est engagé vis-à-vis du disposant à remettre une libéralité à un incapable (7).

II. L'hérédité est enlevée à l'indigne (8), généralement au profit de l'État (9).

SECTION III. — DE L'HÉRÉDITÉ ET DE LA BONORUM POSSESSIO.

I. 3, 9, et D. 37, 1, *de bonorum possessionibus*.

LEIST, *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, 2 tomes, le second en 2 parties, Goettingen, 1844-1848, et *Continuation de Glück*, livres 37 et 38 des Pandectes, 5 vol., Erlangen, 1870-1879 (inachevé).

FLACH, *La bonorum possessio sous les empereurs romains, depuis le commencement du IIe siècle jusqu'à Justinien exclusivement*, Paris, 1870.

§ 650. *Notions générales sur la bonorum possessio.*

La *bonorum possessio* est une institution prétorienne analogue à l'hérédité (1) et elle se déférait aussi soit contrairement à un testament (B. P. *contra tabulas*), soit par testament (B. P. *secundum tabulas*), soit ab intestat (B. P. *intestati*) (2). Comme le droit prétorien en général (3), elle avait pour but d'aider le droit civil, de le suppléer ou de le corriger. Elle aidait le droit civil, lorsqu'elle

§ 649—(1) D. *h. t.*, L. 3. — (2) D. *h. t.*, L. 21.
(3) Nov. 115, c. 3, § 12. — (4) Nov. 115, c. 3, § 13. — (5) Cf. ci-dessus T. II, § 622.
(6) Nov. 1, c. 1, pr., § 1 initio et 2 initio. — (7) D. *h. t.*, L. 10 pr.
(8) ULPIEN, XIX, 17 initio.
(9) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 12; Nov. 115, c. 3, § 12.
§ 650—(1) I. *h. t.*, pr. initio. — (2) ULPIEN, XXVIII, 1.
(3) Cf. ci-dessus T. I, § 12, 1°.

était accordée à des héritiers civils; par exemple quelqu'un décédait intestat laissant des agnats; le préteur appelait ceux-ci à la *bonorum possessio intestati*(4). Elle suppléait le droit civil lorsque, subsidiairement aux héritiers civils, elle était accordée à des personnes n'ayant pas cette qualité; quelqu'un décédait intestat laissant seulement des cognats; le préteur déférait à ceux-ci la *bonorum possessio intestati*(5). Enfin la *bonorum possessio* corrigeait le droit civil lorsqu'elle appelait à la succession avant ou avec les héritiers civils des personnes dépourvues de cette qualité; quelqu'un décédait intestat laissant un enfant émancipé et un cousin agnat; le préteur déférait la *bonorum possessio intestati* à l'enfant émancipé à l'exclusion du cousin agnat(6).

§ 651. *Différences entre l'hérédité et la bonorum possessio.*

Trois différences séparaient l'hérédité de la *bonorum possessio* :

1° Souvent l'hérédité et la *bonorum possessio* étaient déférées à des personnes différentes. Tel était le cas où quelqu'un décédait intestat laissant un enfant émancipé et un cousin agnat; le premier était seul appelé à la *bonorum possessio intestati* et le second était seul appelé à l'hérédité légitime (1).

2° On pouvait accepter l'hérédité par une simple manifestation de volonté et sans être limité par aucun délai, tandis qu'on devait accepter la *bonorum possessio* en justice et dans un bref délai, en général dans les cent jours (2).

3° Le *bonorum possessor* n'était pas héritier véritable (3), mais le préteur, par suite d'une fiction, le considérait comme héritier (4) et lui accordait ou accordait contre lui, sous la forme d'actions utiles fictices, toutes les actions données à l'héritier civil ou contre lui (5). Sous ce rapport, il n'y avait donc qu'une différence nominale entre l'héritier civil et le *bonorum possessor*. Mais ce dernier

§ 650—(4) Gaius, III, 34. — (5) Gaius, III, 27 et 30. — (6) Gaius, III, 26.
§ 651—(1) Gaius, III, 26. — (2) Cf. ci-après § 698 initio et 4°, et 700, 1°.
(3) Ulpien, XXVIII, 12 initio. — (4) Ulpien, XXVIII, 12.
(5) Ulpien, XXVIII, 12 i. f.

avait un avantage sur l'héritier civil; il disposait exclusivement de l'interdit *Quorum bonorum*(6), qui lui permettait d'acquérir la possession des biens héréditaires d'une façon plus facile que par la voie de la pétition d'hérédité(7).

Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio prætoris. Ideoque seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur (ULPIEN, XXVIII, 12).

§ 652. *Conciliation de la bonorum possessio avec l'hérédité.*

L'hérédité et la *bonorum possessio* se conciliaient tout naturellement entre elles, lorsque l'une et l'autre étaient déférées à la même personne et que celle-ci, pour jouir de l'interdit *Quorum bonorum* réservé au *bonorum possessor*, acquérait à la fois l'hérédité et la *bonorum possessio*(1); les qualités d'héritier civil et de *bonorum possessor* étant ainsi réunies sur la même tête, il ne pouvait être question de conflit. Mais le conflit existait lorsque deux personnes différentes étaient appelées l'une à l'hérédité, l'autre à la *bonorum possessio*(2); il existait même quand il y avait un appelé commun, si celui-ci se contentait de l'acquisition de l'hérédité, en négligeant d'accepter la *bonorum possessio* dans le délai prescrit; car, ce délai expiré, le préteur déférait la *bonorum possessio* à une autre personne(3). Il est évident que l'un des deux systèmes devait l'emporter sur l'autre; celui qui l'emportait s'appelait *cum re*, celui qui devait céder était dit *sine re*; en d'autres termes, ou bien l'hérédité était *cum re* et la *bonorum possessio sine re*, ou bien, en sens inverse, la *bonorum possessio* était *cum re* et l'hérédité *sine re*(4). La *bonorum possessio* était

(6) I. 4, 15, *de interd.*, § 3 initio. — (7) GAIUS, III, 34. Cf. ci-après § 709.
(1) Cf. GAIUS, III, 34. — (2) Cf. GAIUS, III, 26. — (3) Cf. GAIUS, III, 36-37.
(4) ULPIEN, XXVIII, 13 initio; GAIUS, II, 148 i. f.

généralement *cum re* lorsque, étant déférée dès le principe à une personne autre que l'héritier civil, elle avait pour but de corriger le droit civil, sinon ce but aurait été manqué; par exemple, quelqu'un décédait intestat laissant un enfant émancipé et un cousin agnat; l'enfant émancipé obtenait une *bonorum possessio cum re*[5]. Par contre lorsque la même personne, ayant été appelée à l'hérédité et à la *bonorum possessio,* acquérait seulement l'hérédité et que partant une autre obtenait la *bonorum possessio*, celle-ci était *sine re*[6]; en effet, en droit civil et en droit prétorien, un tel *bonorum possessor* n'avait qu'un titre inférieur à celui de son adversaire. Au reste, le *bonorum possessor sine re* avait tous les droits ordinaires dérivant de la *bonorum possessio*, sauf qu'il ne pouvait les opposer à l'héritier *cum re*; notamment il disposait de la pétition d'hérédité contre les tiers, mais non contre l'héritier civil[7].

§ 653. *De la bonorum possessio sous Justinien.*

Sous Justinien, les principes de la *bonorum possessio* ont presque en tous points prévalu sur ceux de l'hérédité; ils ont pénétré dans le droit civil et ont réformé l'hérédité. Celle-ci subsiste seule comme système de succession universelle à cause de mort, mais elle est imprégnée de l'esprit prétorien. La *bonorum possessio* ne forme plus un système propre; elle apparaît seulement d'une manière sporadique dans certains cas particuliers pour aider, compléter ou corriger le droit civil. Ainsi tout héritier a encore intérêt à l'accepter, afin de jouir de l'interdit *Quorum bonorum*[1]; si l'un des époux décède ab intestat sans laisser de parents, son conjoint ne peut arriver à sa succession que par la voie de la *bonorum possessio unde vir et uxor*[2], etc. Justinien aurait dû, également sous ces rapports, fondre la *bonorum possessio* dans l'hérédité, mais il ne l'a pas fait.

(5) Cf. GAIUS, III, 26. — (6) GAIUS, III, 36-37. Cf. ULPIEN, XXVIII, 13.

(7) ULPIEN, l. c.

(1) I. 4, 15, *de interd.*, § 3 initio. Cf. ci-après § 709.

(2) Cf. ci-après § 680, 1° initio.

CHAPITRE II. — DES DIVERSES ESPÈCES D'HÉRÉDITÉS.

Il y a trois sortes d'hérédités : l'hérédité testamentaire, l'hérédité ab intestat et l'hérédité contraire à un testament.

SECTION I. — DE L'HÉRÉDITÉ TESTAMENTAIRE.

§ 654. *Du testament en général.*

Le testament (*testamentum*) est un acte solennel de dernière volonté par lequel on institue un héritier(1). C'est un acte de dernière volonté, il produit seulement ses effets au décès du disposant(2). Ses conditions sont les suivantes :

1° Le testateur et l'institué doivent avoir respectivement la *testamenti factio activa** et la *testamenti factio passiva** (3); de la seconde il a déjà été question (4), la première fera l'objet des § 655-656.

2° Il faut l'observation des formes testamentaires (5) (§ 657-660).

3° Le testament exige une institution d'héritier; celle-ci est la base du testament; *heredis institutio est fundamentum testamenti* (6). L'acte de dernière volonté qui ne contient pas d'institution d'héritier, mais seulement une autre disposition telle qu'un legs, ne peut valoir que comme codicille, si le disposant a voulu lui attribuer ce caractère; car, s'il a voulu faire un testament, l'acte ne vaut pas même comme codicille(7). Par voie de conséquence, lorsque l'institution d'héritier inscrite dans un testament est nulle, par exemple à raison de l'incapacité de l'institué, toutes les autres dispositions testamentaires sont également nulles, quoique, considérées en elles-mêmes, elles ne renferment aucun vice(8); le testament manque de base. Enfin, si l'institution d'héritier est

(1) Cf. ULPIEN, XX, 1. — (2) ULPIEN, l. c.
(3) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 4. — (4) Cf. ci-dessus T. II, § 647-648.
(5) ULPIEN, XX, 1. — (6) GAIUS, II, 229.
(7) D. 29, 7, *de jure codic.*, L. 13, § 1. Cf. ci-après § 668, II, et 725-726.
(8) Arg. D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 9 initio.

infirmée après coup par une cause quelconque, telle que l'incapacité subséquente ou la répudiation de l'institué, la même infirmation atteint toutes les autres dispositions testamentaires (9). Le testament suppose donc une institution d'héritier efficace et réciproquement l'institution d'héritier exige un testament, elle ne peut se faire par codicille (10). Outre l'institution d'héritier, qui est de son essence, le testament peut contenir des substitutions, des exhérédations, des legs, des nominations de tuteurs et des affranchissements d'esclaves. Les théories de l'institution d'héritier et des substitutions seront exposées dans les § 661-667.

Le testament n'exige pas le consentement de l'institué, c'est un acte unilatéral, fondé sur la seule volonté du disposant (11).

I. De la capacité de tester.

I, 2, 12, *quibus non est permissum testamenta facere.*
D. 28, 1, *qui testamenta facere possunt...*
C. 6, 22, *qui facere testamentum possunt vel non possunt.*

§ 655. *Des personnes capables de tester.*

Pour être capable de tester, il faut :

1° Être citoyen romain et *sui juris;* c'est la capacité de droit. Sont donc incapables de tester, d'abord les étrangers (1), car il s'agit d'un droit fondé sur le *jus civile*, ensuite les enfants sous puissance, sauf en ce qui concerne leur pécule *castrense* ou *quasi castrense;* ils sont dépourvus d'une personnalité propre quant à leur pécule adventice (2);

2° Être capable de manifester une volonté éclairée, par écrit ou de vive voix (3); c'est la capacité de fait. Sont incapables de fait les impubères (4), les aliénés, à moins qu'ils ne se trouvent

(9) L. 9 initio, cit. — (10) I. 2, 25, *de codic.*, § 2 initio.
(11) Voyez toutefois ci-après § 657, 2° initio.
(1) D. *h. t.*, L. 8, § 1 initio.
(2) I. *h. t.*, pr. Cf. ci-dessus T. II, § 586, 1°, et 587, 1°. — (3) Cf. C. *h. t.*, L. 10.
(4) I. *h. t.*, § 1 initio.

dans un intervalle lucide (5), les faibles d'esprit (6) et les prodigues (7) sous curatelle.

Testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est : item furiosi, quia mente carent... Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur (I. *h. t.*, § 1).

§ 656. *Des époques auxquelles doit exister la capacité de tester.*

Par sa nature, la capacité de fait étant simplement le pouvoir de manifester une volonté éclairée ne doit exister que lors de la confection du testament; une incapacité de fait qui survient après coup, est indifférente (1). En ce qui concerne la capacité de droit, elle est requise à deux époques :

1° Lors de la confection du testament. Si elle fait défaut à ce moment, le testament est nul et reste nul quoique le disposant soit devenu capable par la suite (2);

2° Au décès du testateur (3); la raison en est que le testament est un acte de dernière volonté, le disposant doit être capable d'avoir un testament au moment où l'acte est destiné à produire de l'effet. Toutefois, si quelqu'un était fait captif de guerre après la confection d'un testament et mourait chez l'ennemi, son testament demeurait debout; en vertu de la fiction de la loi *Cornelia*, il était considéré comme mort dès le moment où il avait perdu la liberté, donc en possession de la capacité de tester (4). Le droit civil exigeait même une capacité continue depuis la confection du testament jusqu'au décès, de telle sorte qu'une incapacité intermédiaire infirmait définitivement le testament (5). Mais, d'après le

§ 655—(5) § 1 cit., v[is] item furiosi......... videntur. — (6) Arg. D. *h. t.*, L. 2.
(7) I. *h. t.*, § 2 initio.

§ 656—(1) I. *h. t.*, § 1 i. f. et 2 i. f. — (2) D. *h. t.*, L. 19.
(3) Arg. I. 2, 17, *quib. mod. testam. infirm.*, § 4. — (4) I. *h. t.*, § 5 i. f.
(5) I. 2, 17, *quib. mod. testam. infirm.*, § 4.

droit prétorien, une incapacité intermédiaire était indifférente et, pourvu que le disposant eût été capable lors de la confection du testament et au décès, l'institué obtenait une ***bonorum possessio secundum tabulas***(6). Le système prétorien est fondé en raison, car le testament ne produit ses effets qu'au décès du disposant.

Si filius familias aut pupillus aut servus tabulas testamenti fecerit signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filius familias sui juris aut pupillus pubes aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit (D. *h. t.*, L. 19).

Non.. per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae ab initio jure facta propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit (I. 2, 17, *quib. mod. testam. infirm.*, § 6).

II. Des formes testamentaires.

I. 2, 10, *de testamentis ordinandis.*
D. 28, 1, *qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant.*
C. 6, 23, *de testamentis : quemadmodum testamenta ordinantur.*

§ 657. *Historique.*

1° Dans les premiers siècles de Rome, l'on testait devant le peuple, c'est-à-dire, en temps de paix, devant les comices curiates et, en temps de guerre, devant l'armée(1). Cette forme de tester offrait deux inconvénients : elle avait une trop grande publicité et les comices curiates se réunissaient seulement deux fois par an pour la confection des testaments(2). Aussi le testament dont il s'agit tomba-t-il de bonne heure en désuétude(3).

(6) I. *eod.*, § 6. Cf. D. 37, 11, *de bonor. poss. sec. tab.*, L. 11, § 2.
(1) Gaius, II, 101. — (2) Gaius, II, 101 initio. — (3) Gaius, II, 103 initio.

2° Avec la loi des Douze tables apparut un autre testament, fondé sur la mancipation, le testament *per aes et libram* (4); il se fit successivement de deux manières différentes. — A l'origine le testateur vendait ses biens pour la forme à la personne même à laquelle il voulait les laisser (5); de là le nom de *familiae emptor* donné à l'héritier (5); le testateur lui imposait les charges qu'il jugeait convenables (6), comme tout vendeur pouvait en imposer à l'acheteur. La vente se faisait par une mancipation (7), devant cinq témoins et un *libripens* (8). — Sans être public, ce testament présentait aussi le désavantage d'être connu de l'héritier. C'est pourquoi on lui fit subir plus tard une modification. Le testateur commençait par rédiger ses volontés dernières en dehors de toute publicité; puis il mancipait pour la forme son patrimoine à un tiers autre que son héritier (9) et, à l'occasion de cette mancipation, il déclarait tester conformément aux tablettes qu'il tenait à la main (10). Les cinq témoins présents à la mancipation apposaient leur sceau sur les tablettes, de manière à les fermer (11), et, par une *superscriptio* ou déclaration signée mise à l'extérieur des tablettes, à côté de leur cachet, ils attestaient qu'ils avaient scellé le testament de telle ou telle personne (12).

3° Dans ce nouveau testament, il y avait un élément de pure forme, complètement étranger au testament lui-même; c'était la mancipation fictive de l'hérédité. Le préteur dispensa de cette formalité inutile et, comme conséquence, remplaça l'acheteur fictif de la succession et le *libripens* par deux nouveaux témoins; le nombre des témoins fut donc élevé à sept; au testament ainsi passé devant sept témoins (*testamentum septem signis testium signatum*) le préteur attacha une *bonorum possessio secundum tabulas* (13). Celle-ci fut d'abord dans tous les cas *sine re*, de sorte qu'elle

(4) GAIUS, II, 102. — (5) GAIUS, II, 103 initio. — (6) GAIUS, II, 102 et 103.
(7) GAIUS, II, 102. — (8) Cf. ci-dessus T. I, § 163, I, 1°.
(9) GAIUS, II, 103 et 104 initio.
(10) GAIUS, II, 104.
(11) Cf. PAUL, IV, 6, § 1 initio, et CIC., *in Verrem* II, lib. 1, c. 45.
(12) D. *h. t.*, L. 30. — (13) ULPIEN, XXVIII, 6.

avait seulement une pleine efficacité à défaut d'héritiers civils, testamentaires ou ab intestat (14). Mais à partir de Marc-Aurèle elle devint *cum re* vis-à-vis des héritiers civils ab intestat (15); depuis lors l'efficacité du testament prétorien était assurée par cela seul qu'il n'y avait pas de testament civil, postérieur ou antérieur au testament prétorien (16).

Enfin 4° Théodose II remplaça le testament civil et le testament prétorien par une nouvelle forme testamentaire, dans laquelle domine l'élément prétorien (17); c'est le testament privé du nouveau droit romain (§ 658). Il existe aussi deux sortes de testaments publics (§ 659) et certains testaments sont soumis à des règles particulières (§ 660).

§ 658. *Du testament privé.*

Le testament privé exige les conditions suivantes :

1° Il doit être fait en présence de sept témoins (1), capables (2) et spécialement invités à assister aux opérations testamentaires, de manière à pouvoir les surveiller (3). Cependant, à la campagne on se contente de cinq témoins, s'il est impossible d'en réunir davantage (4).

2° Il faut l'unité de contexte (5), ce qui comprend l'unité de lieu, l'unité de temps et l'unité d'acte. L'unité de lieu signifie que le testateur et tous les témoins doivent se tenir au même endroit (6); le but de cette règle est d'assurer le contrôle des opérations testamentaires par l'ensemble des témoins; on permet seulement aux témoins de ne pas se tenir avec le testateur, si celui-ci est atteint d'une maladie contagieuse (7). Pour qu'il y ait unité de temps et d'acte, toutes les formalités du testament doivent être accomplies sans interruption et notamment on ne peut pendant

(14) GAIUS, II, 118-119, 148-149. — (15) GAIUS, II, 120.

(16) Voyez en ce sens PUCHTA, *Instit.* II, § 318 initio, et RIVIER, cité, § 10, 4°. Cf. MAYNZ, III, § 365, B, et notes 42-43. — (17) C. *h. t.*, L. 21; I. *h. t.*, § 3.

(1) I. *h. t.*, § 3 initio. — (2) I. *h. t.*, § 6-11. — (3) D. *h. t.*, L. 21, § 2.

(4) C. *h. t.*, L. 31, § 2-3 (L. 31). — (5) I. *h. t.*, § 3. — (6) C. *h. t.*, L. 9.

(7) C. *h. t.*, L. 8.

leur accomplissement procéder à des actes étrangers au testament[8], à moins qu'ils ne soient justifiés par la maladie du testateur ou par un besoin physique du testateur ou d'un témoin[9]; l'attention des témoins demeure ainsi concentrée sur l'acte testamentaire.

3° Quant aux opérations testamentaires elles-mêmes, le disposant peut écrire d'avance ou faire écrire par d'autres ses volontés dernières[10]. Il doit les présenter comme telles aux témoins[11] et les signer, *subscriptio*[12]. De leur côté, les témoins doivent signer le testament et y apposer leur sceau[13] et, par une *superscriptio* ou déclaration signée mise à l'extérieur du testament à côté de leur sceau, attester qu'ils ont scellé le testament de telle ou telle personne[14]. Si le testateur veut cacher aux témoins le contenu de son testament, il peut le leur présenter fermé et le signer à l'extérieur; alors les témoins aussi apposent à l'extérieur leur signature, leur sceau et leur *superscriptio* (*testamentum mysticum**)[15]. — Dans le cas où le disposant veut tester oralement, il suffit qu'il déclare sa volonté devant les témoins[16].

In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium[17] certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere (D. *h. t.*, L. 21, § 2).

(8) C. *h. t.*, L. 21, § 2; D. *h. t.*, L 21, § 3. — (9) C. *h. t.*, L. 28, pr., § 1-5 (pr.).

(10) C. *h. t.*, L. 21, § 2. — (11) L. 21 cit., pr.

(12) L. 21 cit., pr. i. f.; I. *h. t.*, § 3 i. f. S'il ne sait ou ne peut signer, un huitième témoin est appelé à signer à sa place (C. *h. t.*, L. 21, § 1).

(13) L. 21 cit., § 2 i. f. (§ 2).

(14) D. *h. t.*, L. 30.

(15) C. *h. t.*, L. 21, pr. A la campagne, si l'on ne parvient pas à trouver des témoins lettrés en nombre suffisant, les lettrés peuvent signer pour les illettrés; mais, dans ce cas, il doit être donné lecture du testament et les témoins doivent le reconnaître sous la foi du serment, après le décès du disposant (C. *h. t.*, L. 31, § 4-5 (L. 31 i. f.)). — (16) I. *h. t.*, § 14. — (17) Avant de servir comme témoins.

Uno contextu actus (18) testari oportet. Est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere : quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur (D. *h. t.*, L. 21, § 3).

§ 659. *Des testaments publics.*

L'on peut aussi tester publiquement, soit en adressant ses volontés écrites à l'empereur (1), soit par une déclaration orale devant l'autorité judiciaire ou municipale (2).

§ 660. *De quelques espèces particulières de testaments.*

1° *Du testament des ascendants au profit de leurs descendants.* L'ascendant qui veut disposer de ses biens au profit exclusif de ses descendants, peut le faire par un simple écrit privé, en y inscrivant de sa main la date, les noms des descendants institués et leurs quotes-parts d'institution en toutes lettres (1).

2° *Du testament olographe.* D'après une constitution de Valentinien III, un testament écrit en entier et signé par le testateur (*testamentum holographum**) était affranchi de toute autre formalité (2). Mais cette loi a été repoussée par les compilateurs du Code de Justinien et, dans le dernier état du droit romain, si le disposant écrit le testament en entier de sa main en mentionnant cette circonstance, il est simplement dispensé de le signer (3).

3° *Du testament d'un aveugle.* Le testament d'un aveugle est soumis à des formalités supplémentaires, dans le but de prévenir les erreurs qui pourraient résulter de l'infirmité du testateur (4). Celui-ci doit désigner l'institué d'une manière spéciale (5). S'il teste par écrit, un tabulaire (6) ou, à son défaut, un huitième témoin (7)

(18) En un seul acte.

§ 659—(1) C. *h. t.*, L. 19. Cf. Nov. de Valentinien III, titre 20, *de testamentis*, L. 1, § 1-2. — (2) L. 1, § 2, cit.

§ 660—(1) Nov. 107, c. 1 initio, cf. i. f.

(2) Nov. de Valentinien III, titre 20, *de testamentis*, L. 2, § 1.

(3) C. *h. t.*, L. 28, § 6 (§ 1). — (4) C. 6, 22, *qui testam. fac. poss.*, L. 8, § 2 i. f

(5) L. 8 cit., pr. — (6) L. 8 cit., § 1* (§ 1). — (7) L. 8 cit., § 2 initio.

doit donner lecture du testament et l'aveugle doit le reconnaître (8); de plus, le tabulaire ou le huitième témoin doit apposer son sceau sur le testament et y joindre une *superscriptio* (9). Si l'aveugle fait un testament oral, un tabulaire ou un huitième témoin doit dresser un procès-verbal des déclarations de l'aveugle (10), les sept témoins ordinaires signent ensuite le procès-verbal (11) et, conjointement avec le tabulaire ou le huitième témoin, y apposent leur sceau et leur *superscriptio* (12).

III. De l'institution d'héritier.

I. 2, 14, D. 28, 5, et C. 6, 24, *de heredibus instituendis.*

§ 661. *Principes généraux.*

1° A l'époque classique, l'institution d'héritier devait se faire en termes solennels; on devait se servir des formules que l'usage avait consacrées et dont la plus usuelle était celle-ci : *Titius heres esto;* toutes les formules reconnues étaient impératives (1). De plus, l'institution d'héritier devait se faire en tête du testament, sous peine de nullité des dispositions qui précédaient; le testament était censé ne commencer qu'à partir de la première institution d'héritier; celle-ci n'était pas seulement le *fundamentum* du testament, elle en formait aussi le *caput* (2). Mais l'empereur Constance permit de faire une institution d'héritier en termes quelconques (3) et partant l'on doit considérer comme une institution d'héritier toute disposition testamentaire par laquelle le testateur désigne un successeur universel et direct; car, d'après la nature même de l'hérédité (4), un successeur universel et direct nommé par testament est un héritier testamentaire; les termes 'héritier' ou

(8) L. 8 cit., § 1ᵃ (§ 1).
(9) L. 8 cit., § 1ᵃ, 1 i. f. et 2 initio (pr., § 1 i. f. et 2 initio).
(10) L. 8 cit., pr. initio et § 2 initio. — (11) L. 8 cit., § 1 (pr.).
(12) L. 8 cit., § 1, 1ᵃ i. f. et 2 initio (pr., § 1 i. f. et 2 initio).
(1) Gaius, II, 116-117.
(2) I. 2, 20, *de leg.*, § 34 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 654, 3°.
(3) C. 6, 23, *de testam.*, L. 15. — (4) Cf. ci-dessus T. II, § 644.

'institué' ne sont pas obligatoires (5). Si par exemple quelqu'un institue Titius pour moitié, en ajoutant qu'il laisse le surplus de ses biens à ses parents, ceux-ci sont institués pour moitié et arrivent à l'hérédité testamentaire; la règle *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* est inapplicable (6). Réciproquement, les mots 'héritier' ou 'institué' n'impliquent une institution d'héritier que si le disposant a voulu désigner un successeur universel et direct; il est impossible qu'il ait eu une pareille intention s'il appelle seulement le gratifié à des biens déterminés; le gratifié est alors un simple légataire (7). De son côté, Justinien abrogea la règle d'après laquelle l'institution d'héritier devait être placée en tête du testament (8).

2° Quelle influence exercent sur l'institution d'héritier l'erreur, le dol, la violence et la simulation? Conformément au droit commun (9), la violence physique et la simulation sont des causes d'inexistence de l'institution (10). Mais, à la différence de ce qui a lieu dans les conventions (11), l'erreur (12), le dol (13) et la violence morale (14) rendent aussi l'institution inexistante, s'ils en ont été la cause déterminante, c'est-à-dire si sans eux le testateur n'eût pas fait l'institution; celle-ci est alors sans existence légale et sa rescision manque d'objet (15). C'est que le testament est un acte unilatéral, reposant d'une manière souveraine sur la seule volonté du testateur; dès lors cette volonté doit être certaine, consciente et libre; autrement il faut la réputer non avenue. Si l'erreur, le dol et la violence n'ont pas déterminé à faire l'institution, ils sont

(5) D. *h. t.*, L. 1, § 5-6. — (6) Arg. D. *h. t.*, L. 86 (85).

(7) C. *h. t.*, L. 13. Cf. ci-dessus T. II, § 644, 1°. — (8) I. 2, 20, *de leg.*, § 34 i. f.

(9) Cf. ci-dessus T. I, § 76, II initio, et 77.

(10) D. 29, 1, *de testam. mil.*, L. 24 i. f. — (11) Cf. ci-dessus T. II, § 375-377.

(12) D. *h. t.*, L. 9, pr.; C. *h. t.*, L. 4.

(13) Arg. C. 6, 34, *si quis aliq. test. prohib. v. coeg.*, L. 1, et D. 37, 11, *de bon. poss. sec. tab.*, L. 2, § 7.

(14) C. 6, 34, *si quis aliq. test. prohib. v. coeg.*, L. 1.

(15) Selon certains auteurs la violence morale n'est qu'une cause de rescision de l'institution d'héritier. Voyez en notre sens MAYER, *Universelle Nachfolge*, § 31, e, TEWES, cité, T. I, § 35, II, C, et MAYNZ, III, § 382 et notes 16-17. Contra VANGEROW, II, § 431, *Anm.* 1, n° 2, et WINDSCHEID, III, § 548, 1°, et note 2.

indifférents (16). Le dol employé pour surprendre un testament s'appelle aujourd'hui de préférence captation; en vertu du principe énoncé, la captation rend le testament inexistant si l'institué a exploité une erreur du disposant, dans le but de se faire instituer, et que sans la fraude l'institution n'aurait pas été faite (17). D'après le sénatus-consulte Libonien, du règne de Tibère, l'institution de la personne qui a écrit le testament sous la dictée du testateur, est nulle en vertu d'une présomption de fraude (18).

3° On interprète largement les institutions d'héritier; dans le doute on se prononce en faveur de l'institué (19); *in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur* (20). C'est une nouvelle différence entre les conventions et les institutions d'héritier (21). Celles-ci sont l'œuvre exclusive du disposant et dictées par un pur esprit de libéralité; l'interprétation large est la plus conforme à la volonté du testateur.

Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti 'frater meus' scribere volens scripserit 'patronus meus' (22), placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est (D. *h. t.*, L. 9, pr.).

Indubitanter probatur bonorum possessionem petere eum non posse,.. qui heres scriptus est non consulto testatore (23) : nam pro non scripto est, quem scribi noluit (D. 37, 11, *de bon. poss. sec. tab.*, L. 2, § 7).

(16) Cf. ci-après § 663.

(17) Cf. C. 6, 34, *si quis aliq. test. prohib. v. coeg.*, L. 3, et D. 29, 6, *si quis aliq. test. prohib. v. coeg.*, L. 3. Voyez aussi MAYNZ, III, § 382, p. 325.

(18) D. 34, 8, *de his quae pro non script. hab.*, L. 1.

(19) Cf. ci-après § 662 initio et 1°. — (20) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 12.

(21) Cf. ci-dessus T. II, § 382bis, 1°.

(22) MOMMSEN, *Digeste*, ad h. l., note 14.

(23) Sans que le testateur l'ait voulu.

§ 662. *Des institutions conditionnelles ou à terme.*

D. 28, 7, *de condicionibus institutionum.*

C. 6, 25, *de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis.*

On peut instituer quelqu'un sous condition suspensive (1). *Pendente condicione* l'hérédité n'est déférée ni à l'institué, ni à l'héritier ab intestat (2); selon que la condition s'accomplit ou défaillit, le premier ou le second est appelé à l'hérédité et, après l'avoir acquise, il est censé représenter le *de cujus* dès le jour du décès de ce dernier (3). Mais on ne peut instituer quelqu'un sous condition résolutoire (4), ni à terme suspensif ou résolutoire (5). D'après le droit romain *semel heres semper heres** (6); l'héritier étant le représentant du *de cujus* doit conserver cette qualité pour toujours; or l'institué à terme suspensif ou résolutoire ne serait qu'un héritier temporaire et il en serait de même de l'institué sous condition résolutoire si cette condition venait à s'accomplir. L'institution faite sous condition résolutoire ou à terme est réputée pure et simple, la modalité qui l'accompagne est considérée comme non écrite (7). Il fallait choisir entre cette solution et la nullité de l'institution même; or l'on interprète largement les dispositions testamentaires et, plutôt que de frapper l'institution de nullité, on la maintient en effaçant le vice qui l'entache. A ce propos, il importe de faire observer qu'un *dies certus an, incertus quando** (8) vaut ici comme condition (9); l'institution est censée faite sous la condition que l'institué sera encore en vie à l'expiration du terme et partant elle produit les effets d'une institution conditionnelle (10); on admet que telle a été la volonté du testateur (11). Les institutions d'héritier sous condition suspensive présentent plusieurs particularités :

1° Les conditions impossibles, illicites ou immorales sont répu-

(1) I. *h. t.*, 2, 14, § 9 initio. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 646, 1° initio.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 644, 2° i. f. — (4) Arg. I. *h. t.*, § 9. — (5) § 9 cit.
(6) D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 89 (88) i. f. — (7) I. *h. t.*, § 9.
(8) Cf. ci-dessus T. I, § 79, I, 1° i. f. — (9) D. 35, 1, *de condic.*, L. 75.
(10) C. 6, 24, *de hered. instit.*, L. 9. — (11) Cf. Maynz, III, § 387, I i. f.

tées non écrites; l'institution d'héritier devient pure et simple (12). C'est une nouvelle application du principe d'après lequel les testaments s'interprètent largement. L'institution est vicieuse; on peut l'annuler ou effacer le vice qui l'entache; on s'arrête au dernier parti, on suppose que le testateur aurait mieux aimé renoncer à la condition que de renoncer à la libéralité elle-même. Citons parmi les conditions immorales la condition de ne pas se marier (13); le droit de se marier est conforme à la loi naturelle et il est immoral de vouloir priver quelqu'un d'un pareil droit. Mais, dans la législation de Justinien, la condition de ne pas se remarier n'est pas considérée comme immorale (14), car les seconds mariages sont vus avec défaveur.

2° On peut instituer quelqu'un sous une condition potestative négative de sa part, c'est-à-dire à condition de s'abstenir de certains actes. On peut même l'instituer à condition de ne pas faire quelque chose pendant le reste de sa vie (J'institue Primus à la condition qu'il ne s'adonne plus au jeu); mais, dans ce cas, la condition est réputée provisoirement accomplie et l'institué peut réclamer aussitôt l'hérédité (15), sauf à la restituer s'il contrevient au testament (16). En garantie de cette restitution éventuelle, il doit fournir la caution Mucienne (17), qui fut inventée par Q. Mucius Scaevola, le grand pontife. En réalité, la condition dont il s'agit est seulement accomplie au décès de l'institué, si celui-ci s'est pendant toute sa vie conformé au testament; mais, dans ce système, l'institution n'aurait produit aucun effet; l'hérédité n'aurait jamais été déférée à l'institué et il ne pouvait être question de la déférer aux héritiers de ce dernier. La jurisprudence romaine remédia à l'inconvénient de la manière indiquée.

Heres et pure et sub condicione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest,.. diemque adjectum pro

(12) I. *h. t.*, § 10; D. *h. t.*, L. 14. Cf. ci-dessus T. I, § 78, II, 3°.

(13) D. 35, 1, *de condic.*, L. 22. — (14) Nov. 22, c. 44, pr.

(15) D. 35, 1, *de condic.*, L. 7, pr., cbn. avec L. 72, § 2, L. 73 initio. Voyez encore D. *eod.*, L. 72, pr. et § 1. — (16) D. *eod.*, L. 73 initio. — (17) D. *eod.*, L. 7, pr.

supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset (I. *h. t.*, 2, 14, § 9).

Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur (I. *h. t.*, § 10).

Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt[18] aut hujusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve (D. *h. t.*, L. 14).

Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta 'si in Capitolium non ascenderit' 'si Stichum non manumiserit' et in similibus (D. 35, 1, *de condic.*, L. 7, pr.), quae morte legatariorum finiuntur (D. *eod.*, L. 73).

§ 663. *Des institutions accompagnées d'un motif faux ou d'une fausse désignation.*

1° En général, la fausseté d'un motif ajouté à une institution d'héritier n'empêche pas elle-ci d'être valable; *falsa causa non nocet*[1]. Le testateur peut avoir sciemment indiqué un motif inexact et, en supposant qu'il se soit trompé, rien ne prouve que son erreur ait été la cause déterminante de l'institution[2]. Mais la règle cesse avec son motif si le testateur s'est trompé sur le motif et que sans l'erreur il n'eût pas fait l'institution[3]; ainsi un testament porte : ' Comme j'ai perdu mon enfant unique, j'institue Titius '; si l'enfant unique du testateur est encore en vie, l'institution de Titius est nulle[4].

2° Lorsque le testateur a désigné l'institué d'une manière

(18) Qui rendraient le gratifié ridicule; de pareilles conditions sont aussi immorales.

(1) D. *h. t.*, L. 93, § 1 (L. 92). Cf. I. 2, 20, *de leg.*, § 31.

(2) Cf. ci-dessus § 661, 2°. — (3) Arg. D. 35, 1, *de condic.*, L. 72, § 6.

(4) Cf. D. *h. t.*, L. 93 (92).

inexacte, par exemple en lui donnant un faux prénom, l'institution n'est pas moins valable, s'il n'y a pas de doute sur l'identité de l'institué[5]. De même, lorsque le testateur a mal désigné la quote-part héréditaire, l'institué a droit à celle que le disposant a voulu effectivement lui attribuer. Ainsi un testament porte : ' J'institue Titius pour deux tiers... J'institue Seius pour le dernier quart '; l'institution de Seius vaudra pour un tiers[6]. De là l'adage *falsa demonstratio non nocet*[7].

Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret : sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse (D. 35, 1, *de condic.*, L. 72, § 6).

Si in nomine praenomine seu cognomine testator erravit nec tamen de quo senserit incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati (C. 6, 23, *de testam.*, L. 4).

§ 664. *De la distribution de l'hérédité entre plusieurs institués.*

Trois hypothèses peuvent se présenter.

Première hypothèse : le testateur n'a fait aucune attribution de parts. Alors chaque institué obtient une part virile[1], sauf que les *verbis conjuncti*, ou les institués appelés par la même disposition (J'institue Primus et Secundus), reçoivent seulement tous ensemble une part virile à partager entre eux par tête[2]; ils sont censés ne former qu'une personne, parce que le testateur les a appelés collectivement à l'hérédité[3].

Seconde hypothèse : le testateur a déterminé les parts de tous les institués. Ici chaque institué reçoit la part qui lui a été attribuée par le testament. Si certains institués sont *re conjuncti* ou appelés

(5) C. 6, 23, *de testam.*, L. 4; D. *h. t.*, L. 49 (48), § 3.
(6) Cf. D. *h. t.*, L. 9, § 2-3. — (7) D. 35, 1, *de condic.*, L. 33, pr.
(1) I. *h. t.*, § 6 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 60 (59), § 2.
(3) D. 30, *de leg.* 1°, L. 34, pr. i. f.; C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 10ᵉ (10 i. f.).

à la même part, celle-ci se partage entre eux par tête(4), à moins que les uns ne soient *re et verbis conjuncti* et les autres *re tantum conjuncti* (J'institue Primus et Secundus pour moitié. J'institue Tertius pour la même moitié. J'institue Quartus pour l'autre moitié); alors, les *re et verbis conjuncti* n'obtiennent tous ensemble qu'une part virile de la quote-part commune. Dans l'espèce indiquée Primus, Secundus, Tertius et Quartus recevront respectivement 1/8, 1/8, 1/4 et 1/2(5). Mais que décider si les quotes-parts réunies dépassent l'unité héréditaire ou ne l'épuisent pas? Si elles dépassent l'unité héréditaire, il faut les ramener à celle-ci en les réduisant proportionnellement(6). Si elles ne l'épuisent pas, on les augmente proportionnellement jusqu'à concurrence de l'hérédité entière(7), car le testateur ne peut décéder en partie intestat.

Troisième hypothèse : le testateur a déterminé les parts de certains institués, en omettant de le faire pour d'autres. Dans ce cas, les derniers obtiennent le restant de la succession(8). Si les attributions de parts épuisent ou excèdent l'unité héréditaire, on admet que le testateur a voulu disposer deux fois de ses biens et attribuer aux institués sans part fixe la seconde unité héréditaire ou ce qui restait de celle-ci; après quoi, les parts de tous les institués sont réduites de moitié(9).

'Titius heres esto : Seius et Maevius heredes sunto'. Verum est quod Proculo placet duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur (D. *h. t.*, L. 60 (59), § 2).

Julianus quoque libro trigesimo refert, si quis ita heredem scripserit : 'Titius ex parte dimidia heres esto : Seius ex parte 'dimidia : ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempro-'nius heres esto', dubitari posse, utrum in tres semisses dividere

(4) D. *h. t.*, L. 15, pr.
(5) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 142, vis Videamus autem......... videantur.
(6) I. *h. t.*, § 7 i. f. — (7) § 7 cit., initio.
(8) I. *h. t.*, § 6, vis Partibus autem......... concurrent.
(9) I. *h. t.*, § 6, vis Si vero...... .., et § 8.

voluit hereditatem an vero in unum semissem Seium et Sempronium conjungere : quod est verius, et ideo conjunctim eos videri institutos : sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant (D. *h. t.*, L. 15, pr.).

IV. Des substitutions.

La substitution est de trois espèces : vulgaire, pupillaire ou quasi-pupillaire.

D. 28, 6, *de vulgari et pupillari substitutione.*

C. 6, 26, *de impuberum et de aliis substitutionibus.*

§ 665. *De la substitution vulgaire.*

I. 2, 15, *de vulgari substitutione.*

1° La substitution vulgaire (*vulgaris substitutio*) est l'institution d'un héritier pour le cas où le premier institué n'arriverait pas à la succession(1). Comme l'indique son nom, elle était d'un fréquent usage à Rome; le testateur d'une solvabilité douteuse établissait plusieurs ordres de substitués (2) et appelait en dernier lieu à sa succession l'un de ses esclaves, qui l'acquérait forcément(3).

2° La substitution vulgaire est une institution conditionnelle(4). La condition consiste dans la défaillance du premier institué (5), peu importe que celui-ci ne puisse ou ne veuille devenir héritier(6); même si le testament se borne à mentionner l'un de ces cas, l'autre est sous-entendu selon la volonté présumée du disposant(7). La substitution vulgaire étant une institution conditionnelle, l'hérédité est seulement déférée au substitué après que le premier institué a fait défaut(8) et partant, si le substitué décède plus tôt, il

(1) Cf. I. *h. t.*, pr. initio. — (2) Pr. cit., i. f.

(3) I. 2. 19, *de hered. qual. et differ.*, § 1 initio.

(4) D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 1, § 13 initio. — (5) I. *h. t.*, pr. initio.

(6) Arg. C. *h. t.*, L. 4 initio.

(7) Arg. du même texte. Voyez MAYNZ, III, § 384 et note 17.

(8) Arg. D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 69 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 645, 2° initio.

ne transmet rien à ses propres héritiers(9). S'il décède plus tard sans avoir accepté l'hérédité, il leur transmet sa faculté d'accepter lorsqu'il est décédé dans le cours du délai qu'il a obtenu pour délibérer ou dans l'année à partir du jour où il a su que l'hérédité lui était déférée(10).

3° Les charges imposées à l'institué incombent de plein droit au substitué(11), à moins que le testateur n'ait manifesté une volonté contraire(12). En effet, le disposant a montré plus d'affection pour l'institué que pour le substitué et dès lors on doit présumer qu'il a voulu lui imposer les mêmes charges. Ce principe fut définitivement fixé par un rescrit de Septime-Sévère et de Caracalla(13).

Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est nec ante succedere potest quam excluso herede instituto (D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 69) : si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem (D. *eod.*, L. 81).

Licet imperator noster cum patre rescripserit videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas (D. 30, *de leg.* 1°, L. 74).

§ 666. *De la substitution pupillaire.*

I. 2, 16, *de pupillari substitutione.*

La substitution pupillaire (*pupillaris substitutio*) est l'institution d'héritier faite par le père de famille au nom de son enfant impubère sous puissance, pour le cas où celui-ci décéderait avant d'avoir atteint l'âge de la puberté(1). C'est donc, à vrai dire, l'institution d'un héritier du pupille, faite par le père à la place de l'enfant(2). Le nom de substitution pupillaire est dû à la circonstance que

(9) D. *eod.*, L. 81. — (10) Cf. ci-dessus T. II, § 645, 1°.
(11) C. 6, 49, *ad sctum Trebell.*, L. 4, v^is cum divo Antonino......... placuerit.
(12) D. 30, *de leg.* 1°, L. 74. — (13) L. 74 cit., initio.
(1) Cf. D. *h. t.*, L. 2, pr. initio. — (2) Cf. I. *h. t.*, § 2.

l'héritier de l'enfant était généralement substitué vulgaire vis-à-vis de la succession paternelle; le père, après avoir institué son enfant, faisait en faveur d'un tiers une substitution vulgaire et de plus instituait le même tiers héritier de l'enfant, pour le cas où celui-ci serait décédé impubère. Si l'enfant mourait avant le père, le tiers substitué vulgaire était appelé à l'hérédité paternelle; si l'enfant survivait au père et devenait son héritier nécessaire, mais qu'il décédât impubère, le tiers était appelé à l'hérédité de l'enfant (3). Il était si usuel de réunir ces deux vocations que l'une d'elles impliquait l'autre (4). Le père réglait ainsi le sort de ses biens non seulement pour l'époque de son décès, mais en outre pour l'époque du décès de son enfant, si celui-ci mourait avant d'avoir pu tester lui-même (5); le testament que le père faisait pour son enfant, était un accessoire du testament propre; celui-ci était le fondement ou la condition essentielle de celui-là (6).

§ 667. *De la substitution quasi-pupillaire.*

Tout ascendant d'une personne frappée d'aliénation mentale peut instituer un héritier au nom de cette personne, pour le cas où elle décéderait sans avoir recouvré l'usage de la raison (1). C'est encore un véritable testament fait pour autrui et il était aussi subordonné à un testament propre (2).

V. De l'invalidité des testaments.

I. 2, 17, *quibus modis testamenta infirmantur.*
D. 28, 3, *de injusto rupto irrito facto testamento.*

§ 668. *Règles générales.*

I. Le testament qui ne réunit pas les conditions requises, est en général inexistant; il n'y a pas lieu de le faire annuler en justice. Le testament est donc inexistant si le disposant (1) ou

(3) I. *h. t.*, pr. — (4) D. *h. t.*, L. 4, pr.
(5) Voyez VANGEROW, II, § 452, *Anm.*, MAYNZ, III, § 385 initio, et RIVIER, cité, § 21, 1°. — (6) I. *h. t.*, § 5. Cf. D. *h. t.*, L. 2, § 4.
§ 667—(1) Cf. I. 2, 16, *de pupill. substit.*, § 1. — (2) Arg. § 1 cit., i. f.
§ 668—(1) I. 2, 12, *quib. non est perm. testam. fac.*, § 1 initio.

l'institué[2] est incapable pour une cause quelconque, si les formes testamentaires n'ont pas été observées[3], si le testament ne contient pas d'institution d'héritier[4], ou bien si celle-ci a été simulée ou déterminée par une erreur, un dol ou une violence[5]. Toutefois le testament est simplement annulable si quelqu'un hérite contre le testament; alors celui-ci doit être rescindé au préalable[6]. On admet dans une mesure moins large l'inexistence des conventions[7]. La différence s'explique par la considération suivante : le testament a pour base unique la volonté du disposant; en conséquence cette volonté, outre qu'elle a besoin de se manifester dans la forme légale, doit être certaine, consciente et libre; autrement elle est réputée non avenue. — Un testament valablement fait peut encore être invalidé après coup et surtout être infirmé ou anéanti de plein droit par des causes subséquentes, sans qu'il y ait lieu de le faire rescinder. Ces causes sont relatives au testateur ou à l'institué.

1° Le testament est infirmé par des circonstances relatives au testateur si celui-ci perd la capacité de droit, sans la recouvrer avant son décès (*testamentum irritum*)[8] ou s'il révoque son testament (*testamentum ruptum*)[9] (§ 669).

2° Le testament est infirmé par des circonstances relatives à l'institué si celui-ci fait défaut après coup pour un motif quelconque (décès, incapacité, renonciation) (*testamentum destitutum vel desertum*)[10].

II. Si, par application des règles précédentes, un testament n'est point valable, toutes ses dispositions sont dépourvues d'effet, alors même que le vice du testament concerne seulement l'institution d'héritier; l'accessoire suit le principal[11]. Mais un testa-

(2) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 4 initio. — (3) D. *h. t.*, L. 1 initio.
(4) D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 9 initio. — (5) Cf. ci-dessus T. II, § 661, 2°.
(6) Cf. ci-après § 683, 2°, et 689, 1°-2°.
(7) Cf. ci-dessus T. I, § 81, I, et T. II, § 382.
(8) I. *h. t.*, § 4 et 5 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 656, 2°. — (9) D. *h. t.*, L. 1.
(10) I. 3, 1, *de hered. quae ab int. defer.*, § 7 initio et 8 initio.
(11) D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 9 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 654, 3°.

ment qui ne vaut pas comme tel, peut réunir les conditions du codicille; celui-ci n'exige que la présence de cinq témoins et il ne suppose pas une institution d'héritier(12). Alors le testament vaut effectivement comme codicille, si le testateur y a ajouté la clause codicillaire, c'est-à-dire s'il a déclaré qu'il vaudrait éventuellement comme codicille(13). A défaut de la clause codicillaire, on ne peut en général convertir le testament en codicille; car il n'est pas établi que le disposant ait voulu faire un acte de la dernière espèce(14). La loi se borne à opérer cette conversion dans certains cas particuliers, où la volonté du disposant n'est pas douteuse; par exemple, un héritier présomptif ab intestat est institué héritier et il répudie l'hérédité testamentaire pour se soustraire aux legs qui lui sont imposés et arriver à l'hérédité légitime; le testament est alors maintenu de plein droit comme codicille et l'héritier ab intestat est obligé d'exécuter les legs dont il a été chargé par le testateur(15). Toutes les fois qu'un testament non valable est maintenu comme codicille, l'hérédité est déférée aux héritiers du sang, mais ceux-ci doivent exécuter le testament transformé en codicille; les institués sont réputés des fidéicommissaires universels et les héritiers ab intestat doivent leur restituer la succession(16); ils peuvent seulement retenir la quarte Falcidie(17).

Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt (D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 9).

Saepissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse : ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur (D. 29, 7, *de codic.*, L. 1).

(12) Cf. ci-après § 726, I.
(13) Cf. C. 6, 36, *de codic.*, L. 8, § 1 initio, et D. 29, 7, *de codic.*, L. 1.
(14) L. 1 cit. Cf. ci-dessus T. I, § 81, II, 2°.
(15) D. 29, 4, *si quis omissa causa testam.*, L. 1, pr. Voyez encore ci-après § 669, 1°.
(16) D. 31, *de leg.* 2°, L. 88, § 17. — (17) Cf. ci-après § 735-738.

Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur (D. 29, 4, *si quis omissa causa testam.*, L. 1, pr.).

§ 669. *De la révocation du testament.*

A raison de son importance, le testament n'est pas révoqué par la simple manifestation d'une volonté contraire(1) ; il faut qu'il n'y ait pas de doute sur la volonté de révoquer. On peut révoquer un testament :

1° Par la confection d'un nouveau testament réunissant toutes les conditions requises(2) ; si l'une de ces conditions fait défaut, le nouveau testament est un néant juridique, qui ne peut produire aucun effet(3). Mais l'invalidation subséquente du nouveau testament est indifférente(4) ; l'ancien testament n'a pas moins été anéanti par la confection régulière du nouveau. D'après le droit romain, le nouveau testament infirmait l'ancien de plein droit et nécessairement; une seule personne ne pouvait laisser deux testaments(5). Mais cette infirmation n'est pas toujours absolue; elle n'a ce caractère que si le disposant a voulu révoquer le premier testament dans toutes ses parties. S'il n'a pas eu l'intention de la révoquer ou s'il n'a pas voulu révoquer que certaines dispositions, le premier testament est maintenu comme codicille, soit pour le tout, soit en partie ; l'hérédité testamentaire est déférée à celui qui est institué dans le second testament, mais la personne instituée dans le premier est réputée fidéicommissaire universel et l'hérédité doit lui être restituée, après rétention de la quarte Falcidie(6). — La révocation d'un testament peut être expresse ou tacite ;

(1) I. *h. t.*, § 7 initio. — (2) I. *h. t.*, § 2 initio. — (3) I. *h. t.*, § 7.
(4) I. *h. t.*, § 2, v[is] Nec interest.........
(5) Arg. D. 29, 1, *de testam. mil.*, L. 19, pr. initio.
(6) D. *h. t.*, L. 12, § 1 ; I. *h. t.*, § 3.

elle est tacite lorsque les dispositions du nouveau testament sont contraires à celles de l'ancien ou bien incompatibles avec elles. Supposons que par le premier testament le disposant ait institué Primus et par le second Secundus; le plus souvent il y aura contrariété, le disposant aura voulu révoquer l'institution faite au profit de Primus; mais cette volonté doit être établie d'une manière spéciale et, dans le doute, Secundus devra restituer la moitié de la succession à Primus[7]. Supposons encore que par le premier testament le disposant ait institué Primus et par le second Secundus pour moitié; ici il faut nécessairement admettre que le disposant a voulu révoquer l'institution de Primus, mais pour moitié seulement; Secundus devra lui restituer la moitié de l'hérédité[7].

2° Par la destruction ou l'altération volontaire du testament[8]. Mais la destruction ou l'altération accidentelle du testament ne lui enlève pas sa valeur juridique[9], sauf à l'institué d'en prouver la confection régulière et le contenu.

3° Par une déclaration faite en justice ou devant trois témoins, si le testament remonte à dix ans[10].

Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere (I. *h. t.*, § 7).

Posteriore.. testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit (I. *h. t.*, § 2).

Si paganus[11], qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset et in eo comprehendisset fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est : quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere

(7) Arg. D. 34, 4, *de adim. v. transfer. leg.*, L. 7.

(8) D. 38, 6, *si tab. testam. nullae ext., unde liberi*, L. 1, § 8; D. 28, 4, *de his quae in testam. del.*, L. 1, § 3.

(9) D. *h. t.*, L. 20; D. 28, 4, *de his quae in testam. del.*, L. 1, pr. (pr. initio) et § 3.

(10) C. 6, 23, *de testam.*, L. 27, § 2 (L. 27).

(11) Le non-militaire; le soldat peut laisser deux testaments (D. 29, 1, *de testam. mil.*, L. 19, pr. initio).

deberet. Et cum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates et heredis institutio (D. *h. t.*, L. 12, § 1).

Consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur,.. quoniam, si totum testamentum non exstet[12], constat valere omnia quae in eo scripta sunt (D. 28, 4, *de his quae in testam. del.*, L. 1, § 3).

VI. De l'exécution des testaments; § 670.

Lorsqu'une disposition testamentaire est faite en faveur d'une personne déterminée, comme dans le cas d'une institution d'héritier ou d'un legs, son exécution est naturellement assurée[1]. S'il n'y a pas de tiers intéressé, par exemple le testateur a ordonné à un héritier de lui élever un tombeau, chaque héritier en cette seule qualité a le droit d'agir contre son cohéritier par l'action *familiae erciscundae*, dans le but d'obtenir l'exécution de la charge[2]. L'autorité publique peut aussi intervenir d'office[3]. Enfin, mais assez rarement, le testateur[4] ou le juge[5] nommait des exécuteurs testamentaires[6]. Ceux-ci avaient tous les droits qui leur étaient nécessaires pour faire exécuter le testament, y compris celui de poursuivre en justice le débiteur de la charge[7].

(12) Si le testament a péri pour le tout.

(1) C. 6, 45, *de his quae sub modo leg. relinq.*, L. 2.

(2) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 18, § 2 initio, cf. i. f.

(3) D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 50, § 1 i. f. Voyez encore D. 32, *de leg.* 3°, L. 19, et Nov. 1, c. 1, pr., § 1-2, ainsi que MAYNZ, T. III, § 387, III, et note 80, § 395 et note 23. — (4) D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 80 (78), § 1.

(5) D. 34, 1, *de alim. v. cib. leg.*, L. 3.

(6) Voyez encore C. 1, 3, *de episc. et cler.*, L. 28, L. 48 (49). — (7) Mêmes textes.

SECTION II. — DE L'HÉRÉDITÉ AB INTESTAT.

I. 3, 1, *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur.*

§ 671. *Observations préliminaires.*

1° D'après la Novelle 118, l'hérédité ab intestat se défère conformément à l'affection présumée du *de cujus* pour ses parents; ceux-ci sont appelés à la succession dans l'ordre où le *de cujus* les aurait probablement appelés s'il avait fait un testament. Les parents sont répartis entre un certain nombre d'ordres ou de classes; celui qui appartient à un ordre déterminé, l'emporte sur tous les parents faisant partie d'ordres subséquents, même si ces parents sont d'un degré plus rapproché; c'est ainsi qu'un descendant du second degré exclut l'ascendant du premier(1). Le degré de la parenté a seulement de l'importance entre les membres du même ordre, en supposant que la loi appelle le parent du degré le plus proche. Parfois elle ne tient pas compte de cette priorité; si quelqu'un laisse un fils et un petit-enfant né d'un fils prédécédé, ces deux descendants, malgré la différence de degré, sont appelés concurremment.

2° Lorsque plusieurs parents arrivent à la même hérédité légitime, celle-ci se partage par tête, par souche ou par ligne. Le partage par tête donne une part virile à chaque successible, tandis que le partage par souche ou par ligne attribue une part égale à chaque souche ou à chaque ligne; cette part se subdivise ensuite par tête entre les membres de la souche ou de la ligne. Si quelqu'un laisse un fils et deux petits-enfants nés d'un fils prédécédé, le fils obtiendra la moitié et chaque petit-enfant un quart de la succession(2). De même, s'il y a un aïeul paternel et deux aïeuls maternels, l'aïeul paternel recueillera la moitié et chaque aïeul maternel un quart(3). Dans le premier exemple, le partage par souche n'empêche pas les petits-enfants d'arriver à la succession en nom propre, aussi bien que le fils du *de cujus;* ils ne représentent pas leur père prédécédé; ils ne sauraient le représenter, puisque leur père prédécédé

(1) I. 3, 6, *de grad. cognat.*, § 11. — (2) Nov. 118, c. 1. — (3) Nov. 118, c. 2.

n'a jamais eu aucun droit sur la succession. Ils sont appelés à la moitié des biens, comme le fils encore en vie, parce que l'affection présumée du *de cujus* se partage de la même manière. La fiction de la représentation est étrangère au droit romain(4).

3° Si les parents appelés en premier lieu font défaut, l'hérédité est déférée, du moins en droit nouveau, aux parents d'un degré plus éloigné qui figurent dans le même ordre ; c'est ce qu'on appelle la succession de degrés, *successio graduum** (5). Si de pareils parents font également défaut, on défère l'hérédité aux parents qui appartiennent à l'ordre subséquent ; il y a succession d'ordres, *successio ordinum**.

I. Historique.

§ 672. *Système de l'ancien droit civil.*

La loi des Douze tables admettait trois ordres de successibles, comprenant respectivement les héritiers siens, les agnats et les gentils(1).

1° Les héritiers siens (*sui heredes*) étaient les descendants du *de cujus* placés sous sa puissance immédiate au moment de son décès(2). Pour appartenir à cette classe, il fallait donc être un descendant sous puissance ; l'enfant n'était pas héritier sien de sa mère(3) et l'enfant émancipé(4) ou donné en adoption cessait de l'être vis-à-vis de son père. De plus le lien de puissance devait être immédiat ; les petits-enfants nés d'un fils étaient seulement héritiers siens de leur aïeul, si leur père était sorti de la puissance du *de cujus ;* dans le cas contraire, c'était le fils lui-même qui était héritier sien et excluait ses propres enfants(5). Comme on le voit, la notion des héritiers siens déterminait l'ordre dans lequel les enfants sous puissance devaient hériter. Quant au partage de la succession entre plusieurs héritiers siens, il se faisait tantôt par

§ 671—(4) Voyez Maynz, III, § 377 et notes 32-33, et Rivier, cité, § 23 et note 3, § 26 et note 5. — (5) I. 3, 2, *de legit. adgnat. succ.*, § 7.

§ 672—(1) Gaius, III, 1, 9 et 17 initio. — (2) Gaius, III, 2. — (3) Gaius, III, 24. (4) Gaius, III, 19. — (5) Gaius, III, 2.

tête, tantôt par souche : par tête, si tous étaient du premier degré, par souche dans tous les autres cas, donc si les uns étaient du premier et les autres du second degré, ou bien si tous appartenaient au second degré, etc.(6). — La femme soumise à la *manus* du mari était réputée fille de son mari et, si celui-ci était fils de famille, petite-fille de son beau-père; c'est pourquoi elle était héritière sienne de son mari et même de son beau-père si son mari était sorti de la puissance paternelle(7).

2° Les agnats ont été définis ailleurs(8), mais, en vertu de la *Voconiana ratio,* les femmes agnates autres que les sœurs consanguines perdirent le droit d'hérédité légitime(9). Les agnats héritaient à l'infini, sans aucune limitation de degré(10). Le plus proche en degré excluait les plus éloignés(11) et lorsque plusieurs agnats du degré le plus rapproché arrivaient ensemble à la succession, celle-ci se partageait par tête(12).

3° Les gentils étaient les membres de la *gens* du défunt. Nous ne possédons aucun renseignement sur cet ordre de successibles, qui disparut, avec la *gens*, dans les premiers temps de l'empire(13). Si l'agnat le plus proche faisait défaut, l'hérédité était déférée non pas aux agnats d'un degré plus éloigné mais aux gentils; la *successio graduum** n'avait pas lieu dans l'espèce, la *successio ordinum** l'emportait sur elle(14).

Cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Aequum enim videbatur nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem. Et quia placebat nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita, sed (*in*) stirpes hereditatem

(6) GAIUS, III, 7-8. — (7) GAIUS, III, 3. — (8) T. I, § 45, IV, 1°.
(9) PAUL, IV, 8, § 20 (22) Cf. ci-dessus T. II, § 647, II, 2°.
(10) I. 3, 5, *de succ. cognat.*, § 5 initio. — (11) GAIUS, III, 11 et 15.
(12) ULPIEN, XXVI, 4. — (13) GAIUS, III, 17. — (14) GAIUS, III, 12.

dividi; ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam; item si ex duobus filiis nepotes extent, ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia (GAIUS, III, 7-8).

§ 673. *Système prétorien.*

Le système de la loi des Douze tables reposait souverainement sur le principe de l'agnation et de la gentilité; il n'appelait à l'hérédité aucun cognat. Il n'y avait pas même de succession ab intestat entre la mère et ses enfants, sauf si la mère était soumise à la *manus* de son mari, auquel cas elle devenait, comme sœur consanguine, l'agnate de ses enfants; il n'y avait pas non plus d'hérédité légitime entre le père et son enfant émancipé(1). Le préteur créa un système nouveau de succession ab intestat, la *bonorum possessio intestati*(2); il y appela les agnats et les cognats, mais en accordant généralement la priorité aux agnats. Il établit quatre ordres de successibles, comprenant respectivement les descendants dans un sens restreint, les héritiers civils, les cognats et le conjoint survivant(3). De là les *bonorum possessiones unde liberi*, *unde legitimi, unde cognati*, *unde vir et uxor* (*id est: vocantur*)(4); elles furent ainsi appelées par allusion aux diverses parties de l'édit prétorien qui les organisaient.

1° Dans la classe des descendants le préteur appelait les héritiers siens et les descendants qui auraient été héritiers siens s'ils n'avaient pas subi une diminution de tête(5). Toutefois, en ce qui concerne l'enfant donné en adoption, le préteur l'appelait seulement à la succession de l'adoptant s'il était resté dans la famille de celui-ci; s'il en était sorti par l'émancipation ou autrement, il était exclu de son hérédité(6). D'un autre côté, l'adopté ne succédait à

(1) GAIUS, III, 18, 19 et 24. — (2) ULPIEN, XXVIII, 1.
(3) D. 38, 6, *si tab. testam. nullae ext.*, *unde liberi*, L. 1, § 1.
(4) I. 3, 9, *de bon. poss.*, § 3, 4, 6 (5) i. f. et 7 (6) initio.
(5) GAIUS, III, 26; arg. D. 37, 4, *de bon. poss. contra tab.*, L. 1, § 6 initio.
(6) GAIUS, II, 136.

son père naturel que si, au décès de ce dernier, il était sorti de sa famille adoptive (7); s'il y était resté, il perdait la succession de son père naturel (8). Par analogie de l'hérédité civile des héritiers siens, la *bonorum possessio unde liberi* était déférée à tous les descendants dans le sens prétorien et se partageait d'après les mêmes règles (9). Ce partage conduisait à un résultat injuste lorsqu'un père de famille, ayant sous sa puissance plusieurs enfants, émancipait un fils qui avait lui-même de la postérité; dans ce cas, le fils émancipé obtenait une part et les petits-enfants nés de lui et demeurés sous puissance une autre part; une seule souche recueillait deux parts au détriment des autres souches. C'est pourquoi le jurisconsulte Salvius Julianus, probablement à l'occasion de la revision de l'édit prétorien, y inséra une clause nouvelle (*nova clausula Juliani* (10)), d'après laquelle le fils émancipé et ses enfants étaient réduits à une part unique; le fils émancipé obtenait la moitié de cette part et ses enfants tous ensemble l'autre moitié (11).

2° La classe prétorienne des héritiers civils comprenait originairement les héritiers siens, les agnats et les gentils (12). Le droit de succession des gentils se perdit sous l'empire; mais, à la même époque, certains cognats devinrent héritiers civils en vertu de dispositions législatives; la mère notamment fut appelée à l'hérédité de ses enfants et réciproquement; il se forma ainsi un nouveau groupe d'héritiers civils qui vint s'ajouter aux autres *bonorum possessores* de la seconde classe prétorienne (13). Dans cet ordre, la *bonorum possessio* se déférait et se partageait d'après les règles suivies pour l'hérédité; les femmes agnates autres que les sœurs n'étaient pas appelées (14) et, l'agnat le plus proche faisant défaut, la *bonorum possessio* était déférée non pas à l'agnat subséquent, mais aux gentils ou aux cognats héritiers civils (15).

(7) GAIUS, II, 137 initio. — (8) GAIUS, II, 137 i. f. — (9) Arg. GAIUS, III, 26.
(10) D. 37, 8, *de conjung. cum emanc. lib. ejus*, L. 3 i. f.
(11) D. *eod.*, L. 1, pr. et § 11. — (12) D. 38, 7, *unde legitimi*, L. 2, § 4 initio.
(13) L. 2, § 4 i. f., cit. Cf. ci-après § 674, I, 1° et 2°. — (14) GAIUS, III, 29.
(15) Cependant certains jurisconsultes romains la déféraient à l'agnat subséquent (GAIUS, III, 28).

3° L'ordre des cognats constituait le véritable siège de la réforme prétorienne. Il comprenait tous les cognats des six premiers degrés et un seul cognat du septième degré, savoir l'enfant d'un cousin issu de germain, le *sobrinus a sobrino natus* (16). Cette restriction, que le droit civil n'admettait point pour les agnats (17), était rationnelle. La succession ab intestat se fonde sur l'affection présumée du *de cujus*; or les parents du huitième ou du dixième degré sont séparés par quatre ou cinq générations, une pareille parenté est nominale. S'il y avait plusieurs cognats, la succession était déférée au plus proche en degré (18) et, si plusieurs cognats du degré le plus rapproché concouraient, ils se partageaient les biens par tête (19).

4° En dernier lieu le préteur appelait le conjoint survivant (20), pourvu qu'il eût été uni au *de cujus* par un mariage civil (21) et que celui-ci n'eût pas été rompu par un divorce (22).

Le préteur admettait pleinement la *successio graduum** et la *successio ordinum** (23), sauf que la *bonorum possessio* non acquise par l'agnat le plus proche n'était pas déférée à l'agnat subséquent (24). Or la même personne était souvent appelée à la *bonorum possessio* dans plusieurs ordres; si elle avait omis de l'acquérir dans un ordre, il lui était encore possible de l'acquérir en vertu d'une délation subséquente. Ainsi, un agnat à l'un des six premiers degrés, après avoir négligé la *bonorum possessio unde legitimi*, pouvait encore arriver à la *bonorum possessio unde cognati*, si celle-ci lui était déférée (25).

Liberos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem (*scil. edictum praetoris*), proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent (Gaius, III, 26).

(16) I. 3, 5, *de succ. cognat.*, pr. et § 5 i. f. Cf. ci-dessus T. I, § 45, I, 1°.
(17) Cf. ci-dessus § 672, 2°. — (18) I. 3, 5, *de succ. cognat.*, pr. i. f.
(19) C. 6, 15, *unde legitimi et unde cognati*, L. 3.
(20) D. 38, 6, *si tab. testam. nullae ext., unde liberi*, L. 1, § 1 i. f.
(21) D. 38, 11, *unde vir et uxor*, L. un., pr. — (22) L. un. cit., § 1 initio.
(23) D. 38, 9, *de succ. edicto*, L. 1, § 10. — (24) Cf. la note 15 du présent paragraphe.
(25) D. 38, 7, *unde legitimi*, L. 2, pr.; D. 38, 8, *unde cognati*, L. 1, § 9.

Admonendi sumus adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem et si decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quaeramus, sive de edicto quo praetor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine his solis praetor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinave nato nataeve (I. 3, 5, *de succ. cognat.*, § 5).

Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit (D. 38, 9, *de succ. edicto*, L. 1, § 10).

§ 674. *Législation de l'empire jusqu'à la Novelle* 118.

I. Le préteur s'était borné à supprimer le privilège de l'agnation pour certains descendants ; à partir d'Adrien jusqu'à la Novelle 118, des sénatus-consultes et des constitutions impériales l'abrogèrent successivement pour tous les descendants, pour les ascendants et pour les frères, sœurs, neveux et nièces. Nous nous arrêterons à deux de ces dispositions législatives.

1° Sous Adrien, le sénatus-consulte Tertullien appela la mère à l'hérédité civile de ses enfants (1), légitimes ou illégitimes (2), mais seulement après plusieurs autres parents (3) et, pour pouvoir hériter, la mère devait avoir trois ou quatre enfants légitimes, selon qu'elle était ingénue ou affranchie (4).

2° Sous Marc-Aurèle et Commode, le sénatus-consulte Orfitien accorda l'hérédité civile de la mère à ses enfants (5), légitimes ou illégitimes (6), avant tous autres parents (7).

II. Déjà avant la Novelle 118, Justinien avait abrogé la *Voconiana ratio* (8) et admis la *successio graduum** dans l'ordre civil des agnats (9).

(1) I. 3, 3, *de scto Tertull.*, § 2. — (2) I. *eod.*, § 7. — (3) I. *eod*, § 3.
(4) I. *eod.*, § 2. — (5) I. 3, 4, *de scto Orfit.*, pr. — (6) I. *eod.*, § 3.
(7) I. *eod.*, pr. i. f. — (8) I. 3, 2, *de legit. adgnat. succ.*, § 3* (3 i. f.).
(9) I. *eod.*, § 7.

II. Droit nouveau.

§ 675. *Règles générales.*

Par sa Novelle 118, Justinien assimila entre eux indistinctement tous les agnats et les cognats(1); il appela à l'hérédité les parents en cette seule qualité, en tenant seulement compte de l'affection présumée du *de cujus*. Il créa quatre ordres de successibles(2); il faut y ajouter certains successeurs irréguliers (§ 676-680).

§ 676. *Du premier ordre.*

1° Le premier ordre est celui des descendants(1). Tout descendant en fait partie en cette seule qualité, alors même qu'il est sorti de la puissance du *de cujus* à la suite d'une émancipation(2) ou d'une dation en adoption faite à un ascendant (*adoptio plena**)(3). L'adopté hérite en outre de l'adoptant(4) s'il n'a pas été émancipé par lui(5). Quant aux enfants illégitimes, leur droit de succession est indiqué ailleurs(6).

2° S'il y a plusieurs descendants, ceux du premier degré sont appelés d'une manière absolue. Ceux des degrés subséquents ne le sont qu'en tant qu'ils ne sont pas exclus par un descendant intermédiaire entre eux et le *de cujus*; en conséquence, les petits-enfants arrivent seulement à la succession de leur aïeul si leur père ou leur mère, fils ou fille du *de cujus*, est prédécédée(7).

3° Si plusieurs descendants concourent, la succession se partage par tête lorsque tous sont du premier degré, et par souche dans les autres cas(8). Parfois un descendant appartient à deux souches; il recueille alors une double part. Par exemple quelqu'un épouse sa

§ 675—(1) Nov. 118, c. 4. — (2) Cf. Nov. 118, praef. i. f.

§ 676—(1) Nov. 118, praef. i. f. — (2) Nov. 118, c. 1 initio et i. f.

(3) Arg. Nov. 118, c. 4. Voyez en ce sens VANGEROW, II, § 412, *Anm.*, n° III, MAYNZ, T. III, § 377, I, RIVIER, cité, § 26, 2°, et note 2, et WINDSCHEID, III, § 571 et note 10. Contra MÜHLENBRUCH, III, § 633, 2°, et note 4, et PUCHTA, *Pand.*, § 454 i. f., et *Vorles.* II, § 454 i. f. — (4) I. *h. t.*, 3, 1, § 2 i. f. (2).

(5) I. *h. t.*, § 11. — (6) Cf. ci-dessus T. II, § 570, et ci-après § 680, 2°.

(7) Nov. 118, c. 1 i. f. — (8) Nov. 118, c. 1. Cf. ci-dessus T. II, § 672, 1°.

cousine germaine (la fille de son oncle); un enfant naît de cette union; supposons-le appelé à la succession de son bisaïeul, par suite du prédécès de tous les descendants intermédiaires entre lui et son bisaïeul. Il figurera d'abord dans la souche de son père et de son aïeul paternel, ensuite dans celle de sa mère et de son aïeul maternel; il a donc droit à deux parts. S'il concourt avec un fils encore en vie du défunt, ce fils recueillera seulement un tiers et l'arrière-petit-enfant dont il s'agit obtiendra les deux tiers de la succession.

Si quem horum descendentium liberis relictis decedere contigerit, illius filii aut filiae aut reliqui descendentes in parentis sui locum succedant,.. tantam ex hereditate defuncti partem accepturi, quotquot sint, quantam parens ipsorum si superstes esset accepturus esset, quam successionem in stirpes autiquitas vocavit (Nov. 118, c. 1).

§ 677. *Du second ordre.*

1° Le second ordre comprend les ascendants et les frères, sœurs, neveux et nièces germanis [1]; les descendants ultérieurs de frères et sœurs germains appartiennent au quatrième ordre [2].

2° En ce qui concerne la délation de l'hérédité dans cette classe, l'ascendant le plus proche en degré exclut le plus éloigné, non seulement dans sa propre ligne, mais aussi dans la ligne opposée [3]; le concours ne peut donc s'établir qu'entre le père et la mère, ou entre des aïeuls, ou entre des bisaïeuls, etc. Les frères et sœurs germains sont appelés d'une manière absolue [4], les neveux et nièces germains ne le sont que si leur père ou leur mère, frère ou sœur du défunt, est prédécédée [5].

(1) Nov. 118, c. 2 et 3, pr. initio.

(2) Même texte, v[is] Hujusmodi autem privilegium..... ... concedimus.

(3) Nov. 118, c. 2 initio.

(4) Nov. 118, c. 2, v[is] Si autem cum ascendentibus........ etiamsi pater aut mater sint.

(5) Arg. Nov. 118, c. 3, pr., v[is] Quodsi defuncto......... filii. La Nov. 118, c. 3, pr., admettait seulement les neveux et nièces germains à concourir avec des frères et

3° Lorsque plusieurs membres du second ordre arrivent ensemble à la succession, il faut distinguer. S'il n'y a que des ascendants et qu'ils appartiennent à la même ligne, ils partagent par tête; s'ils sont de lignes différentes, ils partagent par ligne (6). En dehors de ce cas, on forme autant de parts qu'il y a d'ascendants et de souches de frères ou sœurs germains; chaque ascendant, sans égard aux lignes, et chaque frère germain ou sœur germaine prennent une part; les autres parts sont attribuées par souche aux neveux et nièces germains (7). Supposons que quelqu'un laisse intestat un aïeul paternel, deux aïeuls maternels, un père germain et deux neveux germains nés d'un frère germain prédécédé; chaque neveu germain recueillera un dixième et chacun des autres successibles un cinquième de l'hérédité.

Quodsi multi ascendentium supersunt, eos anteponi jubemus, qui gradu propiores inveniantur, tam masculos quam feminas, sive materni sive paterni sint. Si autem eundem gradum obtinent, ex aequo inter eos hereditas dividetur, ut dimidiam partem omnes paterni ascendentes accipiant, quotcumque sint, reliquam autem dimidiam materni ascendentes, quotcumque forte inventi sint. Si autem cum ascendentibus inveniantur fratres vel sorores defuncto per utrumque parentem conjuncti, cum propioribus gradu ascendentibus vocabuntur, etiamsi pater aut mater sint; hereditate scilicet inter eos pro numero personarum dividenda, ut tam ex ascendentibus quam ex fratribus aequalem quisque partem habeat (Nov. 118, c. 2).

sœurs germains. La Nov. 127, praef. et c. 1, leur permit en outre de concourir avec des ascendants et des frères et sœurs germains; d'après son esprit, on doit aussi les laisser concourir avec des ascendants, lorsqu'il n'y a pas de frères et sœurs germains. Voyez en ce sens DEMANGEAT, II, p. 132-133, MAYNZ, III, § 377, note 48, RIVIER, cité, § 26, 2°, p. 167, et WINDSCHEID, III, § 572, note 11 i. f. Contra VANGEROW, II, § 416, *Anm.* 1, p. 54. — (6) Nov. 118, c. 2 initio.

(7) Nov. 118, c. 2, v[is] Si autem cum ascendentibus......... habeat, et c. 3, pr., v[is] Quodsi defuncto........ si viveret. Même dans le cas où il n'y a que des neveux et nièces germains, on partage par souche. Voyez en ce sens VANGEROW, II, § 416, *Anm.* 2, n° 3, MAYNZ, T. III, § 377, II, B, RIVIER, cité, § 26, 2°, p. 167, et WINDSCHEID, III, § 572, note 15.

Quodsi defuncto fratres extent et alterius jam defuncti fratris sororisve filii, hi cum thiis(8) paternis et maternis, tam masculis quam feminis, ad hereditatem vocabuntur, et quotcumque sint, tantam ex hereditate partem capiant quantam parens eorum accepturus erat, si viveret (Nov. 118, c. 3, pr.).

§ 678. *Du troisième ordre.*

1° Le troisième ordre comprend les frères, sœurs, neveux et nièces consanguins ou utérins(1); les descendants ultérieurs de frères et sœurs consanguins ou utérins font partie du quatrième ordre(2).

2° S'il existe plusieurs membres de cette classe, les frères et soeurs consanguins ou utérins sont appelés d'une manière absolue(3); les neveux et nièces consanguins ou utérins ne le sont que si leur père ou leur mère, frère ou sœur du défunt, est prédécédée(4).

3° Dans le cas où plusieurs membres de cet ordre arrivent à la succession, celle-ci se partage par souche(5).

§ 679. *Du quatrième ordre.*

1° Le quatrième ordre comprend tous les collatéraux autres que les frères, soeurs, neveux ou nièces, sans aucune limitation de degré(1). Sous ce rapport Justinien a préféré, mais à tort, le principe de l'ancien droit civil à celui de l'édit prétorien(2).

2° L'hérédité est déférée d'une façon absolue au collatéral le plus proche en degré(3). Ainsi les oncles et les tantes l'emportent sur les petits-neveux et les petites-nièces, comme sur les cousins germains.

(8) Oncles ou tantes.
§ 678—(1) Nov. 118, c. 3, pr. initio.
(2) Même texte, vis Hujusmodi autem privilegium.......... concedimus.
(3) Nov. 118, c. 3, pr. initio.
(4) Arg. Nov. 118, c. 3, pr., vis Quodsi defuncto... ..... fratris sororisve filii.
(5) Nov. 118, c. 3, pr., vis Quodsi defuncto......... si viveret.
§ 679—(1) Nov. 118, c. 3, § 1 initio. — (2) Cf. ci-dessus § 672, 2°, et 673, 3°.
(3) Nov. 118, c. 3, § 1 initio.

3° Si plusieurs collatéraux concourent, le partage se fait invariablement par tête[4]. On ne partage jamais par souche ; trois petits-neveux, dont l'un descend d'un frère prédécédé et les deux autres d'un second frère prédécédé, obtiendront chacun un tiers de la succession, ce qui n'est pas rationnel. Le partage par ligne est également repoussé et avec raison. L'hérédité ab intestat repose sur l'affection présumée du *de cujus* pour ses parents ; or cette affection ne se proportionne pas aux lignes ; elle est la même pour chaque parent du même degré, quel que soit le nombre des parents dans chaque ligne. Donc, si quelqu'un laisse intestat trois cousins germains dont deux paternels et un maternel, chacun recueillera un tiers de la succession.

Si vero neque fratres neque fratrum filios, uti diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps ex latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscujusque gradus praerogativam, ut propinquiores gradu ipsi ceteris praeponantur. Quodsi multi ejusdem gradus inveniantur, pro numero personarum inter eos hereditas dividetur, id quod *in capita* leges nostrae appellant (Nov. 118, c. 3, § 1).

§ 680. *Des successeurs irréguliers.*

Les successeurs irréguliers sont :

1° Le conjoint survivant. D'abord, à défaut de tout parent, le conjoint survivant est appelé à la *bonorum possessio unde vir et uxor*[1]. Ensuite, lorsque la succession de la femme échoit à des descendants sous puissance du mari, celui-ci en acquiert l'usufruit en vertu de la puissance paternelle[2]; lorsque la femme a pour héritiers des descendants communs émancipés, le mari obtient encore l'usufruit d'une part d'enfant, lui-même étant compté comme enfant ; d'après cela, si la femme laisse un seul enfant, la

(4) Nov. 118, c. 3, § 1 i. f.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 673, 4°.

(2) C. 6, 60, *de bon. matern.*, L. 3, § 1, 2, 2a, 2b et 4 (§ 1, 2 initio et 4).

part d'usufruit du mari est de la moitié de la succession (3). De son côté la veuve pauvre (4), c'est-à-dire la veuve à qui ses ressources personnelles ne permettent pas de vivre d'après sa condition (5), a certains droits sur la succession de son mari. Si celui-ci a pour héritiers des descendants communs, la veuve obtient l'usufruit d'une part d'enfant, elle-même étant comptée comme enfant; mais sa portion ne peut dépasser un quart de l'hérédité (6). Si la succession du mari échoit à des personnes autres que des descendants communs, la veuve a droit à la pleine propriété de sa part d'enfant, dont le maximum reste fixé à un quart (7);

2° Les enfants naturels proprement dits, la concubine et le père naturel. Si le père naturel laisse intestat des enfants légitimes ou une femme légitime, les enfants naturels et la concubine sont réduits à des aliments (8); dans le cas contraire, ils recueillent tous ensemble un sixième de la succession, à partager par tête (9); la concubine, lorsqu'elle est seule, obtient un douzième (10). Le père naturel a les mêmes droits vis-à-vis de la succession de son enfant (11);

3° Certaines personnes civiles. A défaut de parents et de conjoint survivant, la succession ab intestat est dévolue au collège des décurions (12) ou à certaines autres corporations dont faisait partie le *de cujus* (13). Subsidiairement à ces corporations, la suc-

(3) L. 3 cit., pr., § 1, 2, 2ª et 4 (§ 1, 2 initio et 4). — (4) Nov. 117, c. 5 initio.

(5) Arg. Nov. 53, c. 6, § 1; voyez en ce sens WINDSCHEID, III, § 574, note 5 i. f. Nos sources exigent encore que la veuve soit non dotée (Nov. 53, c. 6, pr. et § 2; Nov. 117, c. 5 initio); mais elles veulent simplement désigner par là une veuve pauvre; si la femme est pauvre malgré sa dot parce que celle-ci est modique, elle arrive à la succession de son mari (Arg. Nov. 53, c. 6, § 1). Voyez en ce sens MAYNZ, III, § 378, A, et note 1, et WINDSCHEID, III, § 574, note 5. Contra VANGEROW, II, § 488, *Anm.*, n° 1. — (6) Ni cent livres d'or (Nov. 117, c. 5).

(7) Nov. 117, c. 5. Voyez en ce sens MAYNZ, III, § 378, A. Cf. VANGEROW, II, § 488, *Anm.*, n° 3, et WINDSCHEID, III, § 574, 1°. — (8) Nov. 89, c. 12, § 6.

(9) Nov. 89, c. 12, § 4.

(10) Arg. du même texte. Voyez encore C. 5, 27, *de natur. lib.*, L. 12, § 4-5 (L. 12 i. f.). — (11) Nov. 89, c. 13.

(12) C. 6, 62, *de heredit. decurionum naviculariorum cohortalium militum et fabricensium*, L. 4.

(13) C. *eod.*, L. 1-3 et 5. Voyez encore C. 1, 3, *de episc. et cler.*, L. 20, modifiée par Nov. 5, c. 5.

cession appartient à l'État[14], comme succession vacante, *bona vacantia*[15]; cette dernière règle fut introduite par la loi *Julia et Papia Poppaea*[16].

Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria (ULPIEN, XXVIII, 7).

SECTION III. — DE L'HÉRÉDITÉ CONTRAIRE A UN TESTAMENT.

BLUNTSCHLI, *Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht mit besonderer Berücksichtigung der Novelle* 115, Bonn, 1829.

FRANCKE, *Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten*, Gœttingen, 1831.

GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, T. 35, p. 76-119, et MÜHLENBRUCH, *Continuation de Glück*, T. 35, p. 119-480, T. 36, 37 et 38, p. 1-117, Erlangen, 1832-1835.

SCHRŒDER, *Das Notherbenrecht*, T. I : *Das Recht vor der Nov.* 115, Heidelberg, 1877.

§ 681. *Aperçu de la matière.*

Le testateur a l'obligation d'instituer certains parents ou bien de les exhéréder régulièrement; il y aussi des parents auxquels il doit laisser une quote-part de ses biens à titre de légitime. S'il manque à l'une ou à l'autre de ces obligations, les parents dont il s'agit héritent contrairement au testament.

I. De l'obligation d'instituer ou d'exhéréder régulièrement certains parents.

I. 2, 13, *de exheredatione liberorum.*
D. 28, 2, *de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.*
C. 6, 28, *de liberis praeteritis vel exheredatis.*

SCHMIDT (Ad.), *Das formelle Recht der Notherben*, Leipzig, 1862.

§ 682. *Historique.*

1° D'après l'ancien droit civil, le père de famille devait instituer ses héritiers siens ou bien les exhéréder d'une manière telle qu'il

(14) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 13 i. f. — (15) C. 10, 10, *de bonis vacantibus.*
(16) ULPIEN, XXVIII, 7 i. f.

n'y eût pas de doute sur sa volonté de les exclure de sa succession. Une simple prétérition de l'héritier sien était insuffisante (1). De plus, au moins pour les fils déjà nés lors de la confection du testament (2) et pour les posthumes du sexe masculin (3), l'exhérédation devait être individuelle; une exhérédation collective était nulle (4). Ce système n'avait pas pour but de restreindre la liberté de tester du père de famille; celui-ci avait pleinement le droit d'exhéréder ses enfants, mais il devait le faire d'une manière positive (5); le testament devait contenir la preuve que le disposant avait bien voulu exhéréder ses enfants et surtout qu'il ne les avait pas oubliés; cet oubli était très possible pour les posthumes (6). Si un héritier sien n'avait été ni institué ni régulièrement exhérédé, le testament paternel était inexistant (7) ou infirmé (8), selon que l'enfant avait déjà la qualité d'héritier sien lors de la confection du testament ou qu'il l'acquérait seulement dans la suite, par exemple par la naissance ou par une adoption, *testamentum ruptum agnatione vel quasi agnatione postumi* (9). Il y avait donc lieu à l'hérédité ab intestat (10).

2° Le préteur étendit ce système à tous les descendants compris dans le premier ordre de la *bonorum possessio intestati* (11) et il leur accorda, le cas échéant, la *bonorum possessio contra tabulas* (12). Celle-ci, tout en faisant arriver à la succession les descendants prémentionnés, laissait subsister plusieurs dispositions testamentaires, et notamment les exhérédations régulières (13) et les substitutions pupillaires (14).

(1) Gaius, II, 123 initio. — (2) Gaius, II, 123 initio et 127.
(3) Gaius, II, 132 i. f. — (4) Cf. Gaius, II, 128 et 132 initio.
(5) Cf. C. *h. t.*, L. 3. — (6) Gaius, II, 132 initio.
(7) Gaius, II, 123 initio. Voyez toutefois Gaius, II, 124.
(8) Gaius, II, 131 initio. — (9) I. *h. t.*, § 1-2.
(10) Arg. I. 3, 1, *de heredit. quae ab intest. defer.*, pr.
(11) Ulpien, XXII, 23. Cf. ci-dessus § 673, 1°.
(12) Ulpien, XXII, 23 i. f.; D. 37, 4, *de bon. poss. contra tab.*, L. 3, § 11.
(13) D. *eod.*, L. 8, pr.
(14) D. 28, 6, *de vulg. et pupill. substit.*, L. 34, § 2. Voyez encore D. 37, 5, *de leg. praest. contra tab. bonor. poss. petita*, L. 1, pr., L. 5, § 7, L. 7, L. 8, pr. et § 5.

§ 683. *Droit nouveau.*

1° Jusqu'ici le testateur demeurait libre d'exhéréder ses descendants, sauf à observer la forme légale. Par sa Novelle 115(1) Justinien lui enleva ce droit ; il l'obligea d'instituer ses descendants et même ses ascendants dans l'ordre où ceux-ci sont appelés à l'hérédité ab intestat(2), à moins que le testateur n'eût de justes motifs d'exhérédation(3). Ces motifs sont déterminés par la loi(4); le disposant ne peut en créer d'autres(5). Il doit indiquer la cause d'exhérédation dans le testament(6). L'institution d'héritier ne peut être remplacée par un legs, quelle que soit l'importance de celui-ci(7), et d'un autre côté, au point de vue de la Novelle 115, une institution d'héritier quelque minime qu'elle soit est suffisante(8). Ce système ne se comprend que par les mœurs romaines ; à Rome, l'institution d'héritier était considérée comme un honneur, et partant ne pas être institué par un ascendant ou par un descendant dont on était l'héritier présomptif ab intestat constituait un déshonneur ; il n'était pas permis d'infliger cette flétrissure sans un juste motif(9).

2° Si le descendant ou l'ascendant n'a été ni institué, ni exhérédé pour un motif légal inséré dans le testament, celui-ci est rescin-

(1) Pour quelques réformes de Justinien antérieures à la Novelle 115, voyez le C. *h. t.*, L. 4, § 6-8 (§ 1-2).

(2) Nov. 115, c. 3, pr. initio, et c. 4, pr. Ce système abroge tacitement toutes les règles du droit antérieur relatives à l'institution ou à l'exhérédation des descendants, car il y a incompatibilité entre les principes qui servent de base aux deux théories. Voyez en ce sens Bluntschli, cité, § 26, Francke, cité, § 28 et 31, Tewes, cité, II, § 138, Maynz, III, § 490, Observation, et Windscheid, III, § 592. Contra Mühlenbruch, cité, XXXVII, § 1425[a], p. 192-241, Vering, cité, p. 424-428, Vangerow, II, § 486, *Anm.*, n° III, et Rivier, cité, § 34, 3°.

(3) Nov. 115, c. 3, pr., v[is] nisi forsitan......... testamento, et c. 4, pr. i. f.

(4) Nov. 115, c. 3, § 1-14, et c. 4, § 1-8.

(5) Nov. 115, c. 3, pr. i. f., et c. 4, pr. i. f.

(6) Nov. 115, c. 3, v[is] nisi forsitan......... testamento, et c. 4, pr. i. f.

(7) Nov. 115, c. 3, pr. initio. — (8) Arg. Nov. 115, c. 5, pr. initio.

(9) Nov. 115, c. 5, pr. initio.

dable et il y a lieu à l'hérédité légitime(10). La pétition d'hérédité sert à obtenir la rescision du testament et, comme conséquence, la part ab intestat. Toutefois, le testament est seulement rescindé quant aux institutions d'héritier et aux substitutions vulgaires qui ont le même caractère; les autres dispositions testamentaires, telles que les legs, les nominations de tuteurs, les substitutions pupillaires et les exhérédations régulières, produisent leurs effets(11).

II. De la légitime.

I. 2, 18, D. 5, 2, et C. 3, 28, *de inofficioso testamento*.

HARTMANN, *Ueber die Querela inofficiosi testamenti nach classischem Rechte*, Bâle, 1864.

BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, Paris, 1873.

§ 684. *Notions générales.*

1° La légitime ou la réserve (*legitima portio*) est une portion de biens que le *de cujus* est tenu de laisser à certains héritiers présomptifs ab intestat. Ces héritiers s'appellent légitimaires ou réservataires; ils sont bien distincts des héritiers légitimes ou ab intestat, ils en constituent seulement une catégorie; ils sont privilégiés en ce sens que le *de cujus* n'a pas le droit de les dépouiller de leur légitime. A la légitime s'oppose la quotité disponible ou la portion de la succession dont le *de cujus* reste libre de disposer.

2° Les héritiers légitimaires peuvent être privés de leur légitime pour de justes motifs(1). A l'époque classique, l'appréciation de ces motifs était abandonnée au juge(2); mais, dans le dernier état du droit romain, les descendants et les ascendants ne

(10) Nov. 115, c. 3, § 15 initio et i. f., et c. 4, § 9 initio. Voyez en ce sens BLUNTSCHLI, cité, § 25-26, FRANCKE, cité, § 29-30, MAYNZ, III, § 391 i. f., et RIVIER, cité, § 34, 2°, et note 1. Cf. WINDSCHEID, III, § 591. Contra MÜHLENBRUCH, cité, XXXVII, § 1425ᵃ, p. 245-256, VERING, cité, p. 421-422, SCHMIDT, cité, p. 172-180, et VANGEROW, II, § 485, *Anm.*; ces auteurs admettent l'inexistence du testament. — (11) Nov. 115, c. 3, § 15 i. f., et c. 4, § 9 i. f.

(1) C. *h. t.*, L. 28. — (2) Arg. L. 28 cit.

peuvent être dépouillés de leur légitime que pour l'une des causes déterminées par la Novelle 115[3].

§ 685. *Des parents qui ont droit à une légitime.*

Ont droit à une légitime les descendants[1], les ascendants et de plus, si le testateur a institué un infâme, les frères et sœurs germains ou consanguins[2]. Ces parents peuvent réclamer une légitime à la condition d'être héritiers présomptifs ab intestat; de là trois ordres d'héritiers légitimaires. Au premier ordre appartiennent les descendants; ils ont droit à une légitime s'ils ne sont pas exclus par un descendant intermédiaire entre eux et le testateur. Les ascendants ainsi que les frères et sœurs germains constituent le second ordre; les ascendants les plus proches excluent les plus éloignés; quant aux frères et sœurs germains, ils ne peuvent prétendre à une légitime que si le testateur a institué un infâme. Enfin le troisième ordre est formé par les frères et sœurs consanguins; mais leur droit est subordonné à la même condition et en outre à l'absence de neveux et nièces germains; si le testateur laisse des neveux et nièces germains, ceux-ci sont héritiers présomptifs ab intestat, à l'exclusion des frères et sœurs consanguins, et partant ces derniers ne sont pas héritiers légitimaires[3].

§ 686. *De la quotité de la légitime.*

Dans le droit classique, la légitime était du quart de la portion ab intestat[1]. Depuis Justinien elle est du tiers ou de la moitié de cette portion : du tiers, si la part ab intestat est égale ou supérieure à un quart de la succession; de la moitié, si la part ab intestat est inférieure à un quart[2]. D'après cela :

1° Pour déterminer la quotité de la légitime, il faut avant tout

§ 684—(3) Nov. 115, c. 3, pr. i. f., § 1-14, et c. 4, pr. i. f., § 1-8.
§ 685—(1) D. *h. t.*, L. 1 initio.
(2) C. *h. t.*, L. 27, cf. D. *h. t.*, L. 1 i. f., et ci-dessus T. I, § 53.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 676, 2°, 677, 2°, et 678, 2°.
§ 686—(1) I. *h. t.*, § 6 initio. — (2) Nov. 18, c. 1.

rechercher la part héréditaire que le réservataire eût recueillie ab intestat si le *de cujus* était décédé sans testament. Dans cette recherche, l'on doit avoir égard indistinctement à tous les successeurs ab intestat. L'on doit donc tenir compte des héritiers non réservataires; quelqu'un laisse son père et un neveu germain; ab intestat le père eût seulement obtenu la moitié. Il faut aussi prendre en considération les successeurs irréguliers; quelqu'un laisse son père et une veuve pauvre; la part ab intestat du père n'était que des trois quarts. Enfin, l'on doit avoir égard aux héritiers ab intestat régulièrement exhérédés; si le testateur exhérède ses deux enfants, l'un sans motif, l'autre pour une juste cause, la légitime du premier sera fixée sur la base d'une part ab intestat de la moitié de la succession.

2° La part ab intestat du légitimaire étant connue, il faut distinguer si elle s'élève ou non à un quart de la succession; dans le premier cas, la légitime est du tiers de la part ab intestat; dans le second, elle est de la moitié de cette part. Selon que le défunt laisse 1, 2, 3, 4, 5 ou 6 enfants, la légitime d'un enfant sera de 1/3, 1/6, 1/9, 1/12, 1/10 ou 1/12. Il se peut que, parmi les réservataires, les uns eussent recueilli ab intestat une part égale ou supérieure à un quart, les autres une part inférieure à un quart; pour les premiers la réserve sera du tiers, pour les seconds de la moitié de la part ab intestat. Quelqu'un laisse un fils et trois petits-enfants nés d'un fils prédécédé, la légitime du fils sera d'un sixième, celle de chaque petit-enfant sera d'un douzième des biens.

§ 687. *De la manière dont la légitime doit être laissée.*

1° Le *de cujus* peut laisser la légitime d'une manière quelconque(1), sauf qu'il doit en outre instituer ses descendants et ses ascendants(2); à leur égard il a donc une double obligation, celle de leur laisser la légitime et celle de les instituer. La légitime elle-même peut être attribuée par institution, par legs, par donation à cause de mort ou entre vifs(3). Mais, en général, le réservataire n'est

(1) I. *h. t.*, § 6. — (2) Cf. ci-dessus § 683, 1°. — (3) I. *h. t.*, § 6.

tenu d'imputer sur sa légitime le montant des donations entre vifs que si elles ont été faites sous cette condition (4); la dot (5), la contre-dot et le don destiné à l'achat d'un emploi (6) doivent seuls, à raison de leur importance, être imputés de plein droit sur la légitime. — Celle-ci peut également être laissée en biens déterminés (7). Dans ce cas, si le réservataire soutient qu'il a reçu moins que sa légitime, il y a lieu de procéder à une estimation de la succession, car la légitime constitue une quote-part héréditaire. Les biens doivent être estimés d'après leur valeur au moment du décès du testateur (8); le montant d'une succession se détermine naturellement à ce moment; on n'a pas égard aux augmentations ou diminutions de valeur survenues dans la suite. Il faut cependant ajouter à l'actif héréditaire la valeur des choses données entre vifs par le *de cujus* (9), car celui-ci ne peut diminuer la légitime par des libéralités entre vifs. De la valeur brute du patrimoine du *de cujus* l'on déduit les dettes (10), les frais funéraires et le prix des esclaves affranchis par testament (11); ces esclaves, quoique compris dans la succession, ne constituent pas une vraie valeur héréditaire. Le montant net de la succession étant ainsi connu, il suffit d'en prendre une quote-part pour obtenir la valeur de la légitime et, en comparant cette valeur à celle des choses laissées au réservataire, l'on constatera si la légitime est ou n'est pas entière.

2° L'obligation de laisser la légitime implique celle de n'y apporter aucune restriction; toute disposition restrictive, telle qu'un legs, une condition, un terme ou un mode, est réputée non écrite et la légitime est considérée comme laissée d'une façon pure et simple (12). Mais que décider si le testateur accorde plus que la légitime, en y ajoutant une restriction? par exemple Primus a un enfant unique; il l'institue héritier pour le tout, mais il lègue l'usufruit de la succession entière à sa femme. Le réservataire peut considérer la restriction comme non écrite en tant qu'elle affecte

(4) D. *h. t.*, L. 25, pr.; C. *h. t.*, L. 35, § 2. — (5) C. *h. t.*, L. 29.
(6) C. *h. t.*, L. 30, § 2-3 (§ 2). — (7) Arg. D. *h. t.*, L. 25, pr.
(8) Arg. C. *h. t.*, L. 6. — (9) Arg. Nov. 92, c. 1, pr.
(10) PAUL, IV, 5, § 6 initio. — (11) § 6 i. f., cit. — (12) C. *h. t.*, L. 32.

sa légitime et réclamer le surplus de la libéralité avec la restriction ; dans l'exemple précité, il a droit à un tiers en pleine propriété et à deux tiers en nue propriété. Il est loisible au testateur de prévenir ce résultat, en déclarant que le légitimaire sera réduit à sa réserve s'il réclame celle-ci purement et simplement.

Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit : sive jure hereditario sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio[13] mentionem facit, vel aliis modis qui constitutionibus[14] continentur (I. *h. t.*, § 6).

Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hoc tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur (D. *h. t.*, L. 25, pr.).

Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum mortis tempore testator reliquit, inspicitur (C. *h. t.*, L. 6).

Si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum jura, qui ad memoratam actionem (*id est : ad querelam inofficiosi testamenti*) vocabantur, minuta esse videantur, ipsa condicio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset (C. *h. t.*, L. 32).

§ 688. *De la rescision des donations entre vifs faites avec la légitime.*

Lorsque le *de cujus* a consenti des donations entre vifs, les réservataires ont action contre les donataires, si la libéralité a été

(13) C. *h.*, L. 35, § 2. Voyez encore C. *h. t.*, L. 30, § 2-3 (§ 2).
(14) C. *h. t.*, L. 29.

faite, en tout ou en partie, avec la légitime[1]; si elle a été consentie pour le tout sur la quotité disponible, elle est inattaquable, parce qu'elle ne lèse en rien le légitimaire. Mais une donation faite complètement avec la légitime est rescindable pour le tout, car elle lèse d'une manière absolue le réservataire. Si elle a été faite en partie avec la quotité disponible, en partie avec la légitime, le réservataire peut réclamer la réduction de la libéralité dans les limites de la quotité disponible[1]. Par exemple, quelqu'un a un enfant unique et une fortune de 300,000 as; il donne successivement entre vifs à Primus 150,000 as, à Secundus 75,000 as et à Tertius 25,000 as. La première libéralité est faite pour le tout avec la quotité disponible, la seconde pour 50,000 as avec la quotité disponible et pour 25,000 as au moyen de la légitime, la troisième complètement à l'aide de cette dernière. Cela étant, la première donation produira ses pleins effets; la seconde sera rescindable jusqu'à concurrence de 25,000 as et la troisième le sera pour le tout.

Volumus, ut si quis donationem immodicam in aliquem vel aliquos ex liberis contulerit, necesse habeat in distributione hereditatis tantam unicuique ex liberis servare partem legitimam, quanta erat antequam pater donationem in filium vel filios per eam honoratos conferret... Neve liceat liberis donationibus honoratis dicere se contentos esse immodicis illis donationibus, videri autem a paterna hereditate abstinere, sed.. necesse habeant fratribus id quod inde differt ad eam quam diximus mensuram exaequare, ne iis quod ex legibus debetur imminuatur propter donationes ultra modum factas (Nov. 92, c. 1, pr.).

§ 689. *Des actions des légitimaires.*

Pour faire valoir leurs droits, les légitimaires ont quatre actions, à savoir la pétition d'hérédité fondée sur la Novelle 115, la *querela inofficiosi testamenti* de l'ancien droit romain, l'action

(1) Cf. Nov. 92, c. 1, pr.

supplétoire, une autre création de Justinien, et la *querela inofficiosae donationis vel dotis,* qui date du troisième siècle de l'ère chrétienne. Les trois premières actions se donnent contre les héritiers testamentaires, la quatrième contre les donataires entre vifs. Si les légitimaires n'ont rien reçu du *de cujus*, ils disposent de la pétition d'hérédité de la Novelle 115 ou de la *querela inofficiosi testamenti*, selon que ce sont des descendants ou des ascendants du testateur ou bien que ce sont des frères et sœurs germains ou consanguins. Si un légitimaire quelconque a reçu moins que sa légitime, il recourt à l'action supplétoire et subsidiairement à la *querela inofficiosae donationis vel dotis*.

1° *De la pétition d'hérédité de la Novelle 115*. Cette action tend à la rescision du testament et à l'obtention de toute la part ab intestat[1]. Mais le testament n'est annulé que pour les institutions d'héritier et les substitutions vulgaires; les autres dispositions testamentaires sont maintenues[2], pourvu qu'elles ne restreignent pas la légitime.

2° *De la querela inofficiosi testamenti*. Dans le droit antéjustinien, cette action appartenait à tout légitimaire[3], même s'il avait reçu du *de cujus* une libéralité inférieure à sa légitime[4]. Depuis Justinien, elle est restreinte aux frères et sœurs germains ou consanguins[5] qui n'ont rien reçu du *de cujus*[6]. La *querela inofficiosi testamenti* se fonde sur une espèce de déraison (*color insaniae**) du testateur; sans admettre la folie de celui-ci, on le considère comme ayant agi contrairement aux lois de la nature, *inofficiose, id est non ex officio pietatis*[7]; de là les expressions '*testamentum inofficiosum*' et '*querela inofficiosi testamenti*'. Par suite de ce fondement, la *querela inofficiosi testamenti* tend à la rescision complète du testament; toutes les dispositions testamentaires sont annulées[8] et il y a lieu purement et simplement

(1) Nov. 115, c. 3, § 15 initio, et c. 4, § 9 initio.
(2) Nov. 115, c. 3, § 15 i. f., et c. 4, § 9 i. f. Cf. ci-dessus § 683, 2°.
(3) I. *h. t.*, pr. et § 1. — (4) Arg. I. *h. t.*, § 3.
(5) Arg. Nov. 115, c. 3, § 15 initio, et c. 4, § 9 initio, cbn. avec I. *h. t.*, § 2 i. f.
(6) I. *h. t.*, § 3. — (7) D. *h. t.*, L. 2. — (8) D. *h. t.*, L. 8, § 16.

à l'hérédité ab intestat(9). Pour le même motif, l'action est vue avec défaveur : elle est subsidiaire à toute autre voie de droit(10), se prescrit par cinq ans(11) et, comme elle tend à une réparation morale plutôt que pécuniaire, elle est intransmissible aux héritiers du légitimaire(12).

3° *De l'action supplétoire*. Comme l'indique son nom, l'action supplétoire a pour but de faire simplement compléter la légitime(13). C'est une action personnelle, une *condictio ex lege*.

4° *De la querela inofficiosae donationis vel dotis*. Cette action poursuit la rescision des donations entre vifs, en tant qu'elles ont été faites à l'aide de la légitime(14). C'est aussi une action personnelle, une *condictio ex lege;* mais, pour le surplus, elle a le même fondement que la *querela inofficiosi testamenti* et elle est soumise aux mêmes règles(15).

Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis : nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum (D. *h. t.*, L. 2).

Si ex causa de inofficioso cognoverit judex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso jure(16) rescissum est : et suus heres erit secundum quem judicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit : et libertates ipso jure non valent : nec legata debentur (D. *h. t.*, L. 8, § 16).

Liberi.. ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt (I. *h. t.*, § 2).

(9) L. 8, § 16 initio, cit. — (10) I. *h. t.*, § 2. — (11) Arg. D. *h. t.*, L. 8, § 17, L. 9.
(12) Arg. C. *h. t.*, L. 5. — (13) I. *h. t.*, § 3.
(14) Nov. 92, c. 1, pr. Cf. ci-dessus § 688. — (15) C. *h. t.*, L. 9.
(16) Conformément au droit.

§ 690. *De quelques légitimes spéciales.*

1° La veuve pauvre a une légitime égale à sa part ab intestat(1).

2° Si, un impubère ayant été adrogé, l'adrogeant décède avant que l'adrogé ait atteint l'âge de la puberté, l'adrogé, à moins d'avoir été émancipé pour un juste motif, peut réclamer comme légitime la Quarte Antonine (2). Cette quarte est un minimum qui lui est accordé sans préjudice de sa légitime ordinaire. Celle-ci est parfois plus forte ; elle est d'un tiers, si l'adrogé est resté sous puissance et que l'adrogeant n'ait pas d'autre enfant(3).

CHAPITRE III. — DE L'HÉRÉDITÉ QUI CESSE D'ÊTRE DÉFÉRÉE.

SECTION I. — DES CAUSES POUR LESQUELLES LA DÉLATION DE L'HÉRÉDITÉ VIENT A CESSER.

§ 691. *Indication de ces causes.*

L'hérédité cesse d'être déférée :

1° Si l'appelé décède avant d'avoir accepté l'hérédité et sans que ses propres héritiers puissent l'accepter à sa place (1),

2° S'il devient incapable (2),

3° S'il renonce à l'hérédité ou use du bénéfice d'abstention (§ 692-693).

§ 690—(1) Nov. 117, c. 5. Cf. ci-dessus T. II, § 680, 1° i. f.

(2) I. 1, 11, *de adopt.*, § 3 i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 580, 3°.

(3) Voyez en ce sens Vangerow, I, § 252, *Anm.*, n° 2, Maynz, T. III, § 392, III, et note 56, et Windscheid, III, § 593, et note 5. Contra Francke, cité, § 37, p. 472-473.

§ 691—(1) Cf. ci-dessus T. II, § 645, 1°. — (2) § 648.

§ 692. *De la renonciation à l'hérédité.*

D. 29, 2, *de adquirenda vel omittenda hereditate.*
C. 6, 31, *de repudianda vel abstinenda hereditate.*

I. *Notion et conditions.* On peut renoncer à l'hérédité par une simple manifestation de volonté[1], expresse ou tacite[2]; aucune forme n'est nécessaire. Il y a renonciation expresse, si l'appelé manifeste directement la volonté de ne pas devenir héritier. Il y a renonciation tacite, s'il fait des actes qui, sans avoir pour but direct de renoncer, n'admettent cependant pas d'autre explication raisonnable que celle d'une renonciation à l'hérédité. Par exemple trois personnes sont appelées à une succession ; deux d'entre elles la partagent, sans rien laisser à la troisième, et néanmoins celle-ci consent au partage; elle renonce tacitement à l'hérédité. Pour être valable, la renonciation à l'hérédité exige les conditions suivantes :

1° L'hérédité doit être actuellement déférée au renonçant[3], sinon la renonciation n'a pas d'objet; notamment une renonciation faite du vivant du *de cujus* est sans valeur juridique[4].

2° Le renonçant doit être capable d'aliéner[5]. A proprement parler il n'aliène pas l'hérédité, puisque celle-ci ne faisait pas partie de son patrimoine[6]; il se prive simplement d'un gain. Mais l'incapacité d'aliéner a été étendue avec raison à la privation d'un gain; cette privation n'a pas moins d'importance qu'une véritable aliénation. Si l'appelé est incapable d'aliéner, il ne peut renoncer à l'hérédité qu'avec le consentement de son père de famille[7], l'autorisation de son tuteur[8] ou le consentement de son curateur[9].

(1) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 7, v^is Sicut autem......... repellitur.
(2) D. *h. t.*, L. 95. — (3) Arg. D. *h. t.*, L. 94. — (4) L. 94 cit.
(5) Cf. D. *h. t.*, L. 18 cbn. avec L. 8, pr. — (6) Cf. ci-dessus T. I, § 71, 1° i. f.
(7) Arg. D. *h. t.*, L. 18 cbn. avec L. 8, § 1.
(8) Arg. D. *h. t.*, L. 18 cbn. avec L. 8, pr.
(9) Arg. D. *h. t.*, L. 18, cbn. avec C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 26.

II. *Effet.* Le renonçant est irrévocablement exclu de l'hérédité; il ne peut plus l'accepter(10), car sa part héréditaire est aussitôt déférée à d'autres personnes.

Sicut.. nuda voluntate extraneus heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur (I. 2, 19, *de her. qual. et differ.*, § 7). Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis (D. *h. t.*, L. 95).

Qui superstitis bona repudiat, post mortem ejus adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur (D. *h. t.*, L. 94).

Si major quinque et viginti annis hereditatem fratris tui repudiasti, nulla tibi facultas ejus adeundae relinquitur (C. 2, 20 (21), *de dolo malo*, L. 7).

§ 693. *Du bénéfice d'abstention.*

C. 6, 31, *de repudianda vel abstinenda hereditate.*

1° Les enfants sous puissance du *de cujus* étant héritiers nécessaires ne peuvent rigoureusement renoncer à l'hérédité, mais, en vertu du droit prétorien, ils jouissent du bénéfice d'abstention (*potestas abstinendi*) (1). Aucune manifestation de volonté n'est nécessaire à cette fin; il suffit que les enfants s'abstiennent de fait par rapport à l'hérédité paternelle, qu'ils ne l'acceptent ni expressément ni tacitement(2); tout acte d'acceptation les prive du bénéfice(3).

2° Malgré le bénéfice d'abstention, l'enfant sous puissance reste héritier en titre(4), car il a acquis l'hérédité paternelle au moment où elle s'est ouverte en sa faveur et *semel heres semper heres**(5). Mais l'enfant qui s'abstient n'a ni les droits ni les obligations de

(10) C. 2, 20 (21), *de dolo malo*, L. 7 initio.

(1) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 2, v^is Necessarii vero.........

(2) D. 29, 2, *de A. v. O H.*, L. 12. — (3) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 5.

(4) D. 40, 5, *de fideic. libert.*, L. 30, § 10 i. f.

(5) D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 89 (88) i. f.

l'héritier et surtout les créanciers de la succession n'ont pas d'action contre lui [6]; l'hérédité est déférée à d'autres personnes [7]. Le bénéfice d'abstention équivaut donc à une renonciation et conduit au même résultat pratique [8].

Ei, qui se non miscuit hereditati paternae, sive major sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati (D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 12).

SECTION II. — DU SORT DE L'HÉRÉDITÉ QUI CESSE D'ÊTRE DÉFÉRÉE.

I. Règles générales; § 694.

Si l'appelé fait défaut, le sort de sa part héréditaire varie selon qu'il était appelé à l'hérédité testamentaire ou à l'hérédité légitime. Dans le premier cas, s'il a un substitué, sa part est déférée à ce dernier [1]; subsidiairement elle accroît à ses cohéritiers (§ 695-696) et en dernier lieu l'hérédité est déférée aux héritiers légitimes. Dans le second cas, la part du défaillant accroît aux cohéritiers (§ 695-696) ou est déférée aux héritiers subséquents, d'après les règles qui seront indiquées ci-après [2].

(6) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 57, pr. initio.

(7) C. 6, 58, *de legit. hered.*, L. 6; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 44. Cf. I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 2 i. f. — (8) D. 11, 1, *de interrog. in jure fac.*, L. 12, pr. i. f.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 665. — (2) Cf. ci-après § 696, IV.

II. De l'accroissement entre cohéritiers.

C. 6, 51, *de caducis tollendis.*

MAYER, *Das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesezlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen*, p. 1-84, Tübingen, 1835.
MÜHLENBRUCH, *Continuation de Glück*, T. 43, p. 243-367, Erlangen, 1843.
MACHELARD, *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires. Étude sur les lois Julia et Papia Poppaea en ce qui concerne la caducité*, p. 1-15, 95-165, 171-278 et 282-312, Paris, 1860.

§ 695. *Notion et historique.*

L'accroissement entre cohéritiers est le droit en vertu duquel, un héritier faisant défaut, sa part est acquise à ses cohéritiers.

I. Sous la république, cet accroissement opérait dans l'hérédité testamentaire comme dans l'hérédité légitime.

II. La loi *Julia et Papia Poppaea* du règne d'Auguste maintint l'accroissement entre héritiers légitimes, mais elle le supprima en général entre héritiers testamentaires et le remplaça par une revendication des parts héréditaires caduques au profit des *patres* et de l'État, *caducorum vindicatio*. Ce système est tout à fait distinct de l'accroissement; il constitue un système de récompense pour la paternité et d'intérêt fiscal. On appelait caduque la part héréditaire qui, ayant été déférée à quelqu'un, n'était pas recueillie par lui, *cadebat ab eo*(1); les patres et l'État étaient autorisés à revendiquer cette part; de là le nom de *caducorum vindicatio* appliqué à la nouvelle théorie. Étaient successivement appelés à cette revendication :

1° Les cohéritiers mariés et pères conjoints *verbis* avec le défaillant, c'est-à-dire institués par la même disposition, peu importe qu'ils fussent conjoints *re et verbis* ou conjoints *verbis tantum*, institués pour la même part ou pour des parts différentes(2). Au point de vue de la revendication des parts héréditaires caduques, c'était donc la conjonction verbale qui constituait une cause de préférence.

(1) ULPIEN, XVII, 1. — (2) Arg. GAIUS, II, 207, cbn. avec D. 32, *de leg.* 3°, L. 89.

2° Les autres cohéritiers mariés et pères [3].

3° Les légataires mariés et pères [4].

4° l'État [5].

On maintint l'ancien droit d'accroissement lorsqu'une institution d'héritier était inexistante [6]; par exemple un testateur avait institué un pérégrin et un parent de l'un des six premiers degrés; l'institution du pérégrin était réputée non écrite; mais le parent était valablement institué, alors même qu'il était célibataire [7], et de plus la part du pérégrin lui accroissait. On maintint aussi l'accroissement des parts héréditaires caduques au profit des descendants et ascendants du testateur [8]; la part d'un cohéritier célibataire pouvait donc leur accroître, quoique cette part fût un véritable *caducum*.

III. Le système caducaire fut abrogé en partie par Honorius et Théodose II [9], en partie par Justinien [10], et l'accroissement entre cohéritiers rétabli dans toute sa plénitude [11].

§ 696. *Droit de Justinien.*

L'accroissement entre cohéritiers se fonde sur ce que chaque héritier est naturellement appelé à la succession entière [1]. Cette proposition est évidente lorsque plusieurs héritiers testamentaires sont institués chacun pour le tout. Le droit romain l'admet également lorsque plusieurs personnes sont instituées chacune pour une quote-part; à raison de la règle *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest,* une institution quelconque excluait les héritiers légitimes; chaque institué, même si le testament le limitait à une simple quote-part, avait droit à la totalité des biens; le concours de ses coinstitués pouvait seul le restreindre. Enfin,

(3) Arg. Gaius, II, 206. — (4) Arg. Gaius, II, 207 initio.
(5) Ulpien, XVII, 2 initio.
(6) Arg. Ulpien, XVII, 1, et C. *h. t.*, L. un., § 3 (3 initio).
(7) Cf. ci dessus T. II, § 647, II, 3° i. f.
(8) Ulpien, XVIII. — (9) C. 8, 58 (59), *de jure liber.*, L. 1.
(10) C. *h. t.*, L. un., pr., § 14 et 14a (14). — (11) L. un. cit., § 10-10e (10).
(1) Arg. D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 53, § 1.

dans le cas d'une hérédité légitime, chaque appelé a aussi en général un droit naturel à toute la succession ; ce droit n'est limité que par le droit égal de ses coappelés. Dans ces diverses hypothèses, le concours seul peut amener le partage; à défaut de concours, il n'y a pas lieu à partage. Par suite de cette vocation naturelle de chaque héritier à la succession entière, l'accroissement entre cohéritiers apparaît plutôt comme un droit de non-décroissement; il évite simplement une perte; l'héritier qui recueille le tout, exerce en réalité son droit propre; il ne fait pas d'acquisition nouvelle. De là de nombreuses conséquences.

I. L'accroissement opère forcément; l'héritier arrivé à la succession ne peut répudier la part de son cohéritier qui fait défaut(2), car, en acquérant l'hérédité, il l'a acquise en principe pour le tout. L'ancienne jurisprudence romaine le dispensait de l'exécution des charges imposées au défaillant(3); comme il n'acquérait pas vraiment la part du défaillant, il était conforme à la rigueur du droit qu'il restât étranger aux charges qui grevaient cette part. Mais ce résultat n'était pas conforme à la volonté du disposant et, vers la fin de l'époque classique, on admit que l'accroissement d'une part héréditaire opérerait avec les charges inhérentes à cette part(4).

II. L'accroissement de la part d'un héritier a lieu même au profit des héritiers de son cohéritier. Primus et Secundus sont appelés ensemble à une hérédité; Primus l'accepte et décède; après ce décès, Secundus fait défaut. Sa part accroîtra aux héritiers de Primus(5); en effet, celui-ci avait acquis la succession pour le tout et l'avait transmise intégralement à ses propres héritiers. L'accroissement se sépare ici de la substitution ; si le substitué décède avant que l'institué ait fait défaut, la substitution ne peut opérer au profit des héritiers du substitué(6).

III. Dans le cas d'une hérédité testamentaire, l'accroissement a lieu d'une manière absolue; même l'institué pour une quote-part héréditaire obtient la totalité des biens, s'il arrive seul à l'héré-

(2) L. 53, § 1, cit. Cf. D. *eod.*, L. 31. — (3) D. 31, *de leg.* 2°, L. 29, § 2.
(4) D. *eod.*, L. 61, § 1. — (5) D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 9 initio.
(6) L. 9 i. f., cit. Cf. ci-dessus T. II, § 665, 2°.

dité[7]; ainsi le veut la règle *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Mais comment opère l'accroissement lorsque le défaillant a plusieurs cohéritiers? Il faut considérer le défaillant comme n'ayant pas été inscrit dans le testament et partager la succession entre ses cohéritiers de la manière dont on l'eût partagée, si le défaillant n'avait pas été institué. D'après cela :

1° Si certains cohéritiers sont *re et verbis conjuncti* avec le défaillant, c'est-à-dire institués pour la même part et par la même disposition, ils jouissent d'un accroissement privilégié. Un testament porte : ' J'institue Primus pour moitié; j'institue Secundus ' pour l'autre moitié; j'institue encore Tertius et Quartus pour la ' seconde moitié '. En cas de concours, Primus, Secundus, Tertius et Quartus eussent recueilli respectivement 1/2, 1/4, 1/8 et 1/8. Si Quartus fait défaut, sa part accroît exclusivement à Tertius, dont la part s'élèvera de 1/8 à 1/4 ; en effet, sans l'institution de Quartus, Tertius eût aussi obtenu un quart[8].

2° Si quelques-uns des cohéritiers sont *re tantum conjuncti* avec le défaillant, institués pour la même part, mais dans une autre disposition, ils ont encore droit à un accroissement privilégié. Supposons que dans l'exemple précédent Secundus fasse défaut; son quart accroîtra à Tertius et à Quartus; chacun de ceux-ci recueillera maintenant 1/4 de la succession; sans l'institution de Secundus, ils eussent obtenu la même chose[9].

3° Si tous les cohéritiers sont institués pour des parts distinctes de celle du défaillant, l'accroissement opère au profit de tous en proportion de leurs parts héréditaires respectives[10]. Dans

(7) Arg. D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 53, § 1.

(8) Arg. D. 7, 2, *de usu fructu adcresc.*, L. 1, § 2.

(9) Arg. D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 20, § 2, et C. *h. t.*, L. un., § 10e (§ 10), cbn. avec D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 15, pr., et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 142 i. f. Cf. C. *h. t.*, L. un., § 10e (§ 10 i. f.). Voyez en ce sens MÜHLENBRUCH, *Continuation de Glück* XLIII, § 1498-1499, p. 312-318, MACHELARD, cité, p. 287-292, TEWES, cité, T. II, § 59, II, B, VANGEROW, II, § 496, *Anm.* 3, n° II initio et A, MAYNZ, T. III, § 404, II, RIVIER, cité, § 38, 2°, et WINDSCHEID, III, § 604, 1°, et note 2. Contra MAYER, *Universelle Nachfolge*, § 29, et *Anwachsungsrecht*, p. 225-228, et THIBAUT, II, § 1014, 2° initio.

(10) D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 60 (59), § 3; C. *h. t.*, L. un., § 10e (§ 10).

l'exemple donné ci-dessus, si Primus fait défaut, sa moitié accroîtra proportionnellement à Secundus, à Tertius et à Quartus; Secundus aura 1/2, Tertius 1/4 et Quartus 1/4; c'est encore ce qu'ils eussent recueilli si Primus n'avait pas été institué. Cette règle doit être suivie alors même que certains cohéritiers sont *verbis tantum conjuncti* avec le défaillant, c'est-à-dire institués dans la même disposition, mais pour des parts propres. Un testament porte : ' J'institue Primus pour moitié; j'institue Secundus et ' Tertius chacun pour un quart '. Si Tertius fait défaut, la part de Primus s'élèvera à 2/3 et celle de Secundus à 1/3. Secundus n'a pas droit à un accroissement privilégié comme *verbis conjunctus* avec Tertius; si le testateur a réuni Secundus et Tertius dans la même disposition, c'est uniquement pour être plus bref(11).

IV. S'il s'agit d'une hérédité légitime, l'accroissement n'opère pas d'une manière absolue; il est exclu par la *successio graduum**, en d'autres termes la part du défaillant est déférée aux parents du degré subséquent, lorsque ces parents eussent été appelés à l'hérédité si le défaillant n'avait pas existé. En effet, dans ce cas, l'accroissement manque de base; les cohéritiers du défaillant n'avaient pas un droit naturel à toute la succession; leur droit à la totalité était limité à la fois par le droit de leur coappelé et par celui des parents du degré subséquent. Par exemple, le défunt laisse deux fils, Primus et Secundus, et un petit-fils né de Secundus. Secundus fait défaut; sa moitié héréditaire sera déférée à son fils, à l'exclusion de Primus; car, même si Secundus était décédé avant le *de cujus*, son fils eût obtenu la moitié (12). — Abstraction

(11) D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 67 (66). Cf. C. *h. t.*, L. un., § 10ᵉ (§ 10 i. f.). Voyez en ce sens MÜHLENBRUCH, *Continuation de Glück* XLIII, § 1498-1499, p. 322-342, MACHELARD, cité, p. 290-305, TEWES, cité, T. II, § 59, II, A, VANGEROW, II, § 496, *Anm.* 3, nº II initio et B, MAYNZ, T. II, § 404, II, RIVIER, cité, § 38, 2º, et WINDSCHEID, III, § 604, note 3. Contra MAYER, *Universelle Nachfolge*, § 29, et *Anwachsungsrecht*, p. 225-228.

(12) Voyez en ce sens MAYER, *Universelle Nachfolge*, § 65 et note 4, et *Anwachsungsrecht*, p. 284-297, MAYNZ, III, § 377, Observation 2, BRINZ, III, § 384, 4º initio, et WINDSCHEID, III, § 573 et note 5. Contra MÜHLENBRUCH, *Continuation de Glück* XLIII, § 1498-1499, p. 270-289, SCHIRMER, cité, 1, § 15, p. 264-269, VANGEROW, II, § 420, *Anm.*, p. 64-67, et RIVIER, cité, § 26, 3º.

faite de cette hypothèse, la part d'un héritier ab intestat accroît à ses cohéritiers, en ce sens que la succession se partage entre eux comme si le défaillant n'avait pas existé. Pour l'application du principe, il faut distinguer le cas où la succession se partage par tête et celui où elle se partage par souche ou par ligne. Dans le premier cas, la portion du défaillant se répartit d'une manière égale entre tous ses cohéritiers ; si de trois fils du *de cujus* l'un fait défaut, les deux autres obtiennent chacun la moitié. Dans le second cas, les héritiers de la même souche ou de la même ligne exercent entre eux un accroissement privilégié; si le défunt laisse deux fils et deux petits-fils nés d'un troisième fils prédécédé et que l'un des petits-fils fasse défaut, sa part accroît exclusivement à son frère (13). Lorsque toute une souche ou toute une ligne fait défaut, sa part accroît aux membres des autres souches ou de l'autre ligne en proportion de leurs parts héréditaires respectives; si, dans l'exemple précédent, l'un des fils n'arrive pas à la succession, l'autre fils recueillera la moitié et chacun des petits-fils un quart (14).

Qui semel aliqua ex parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt (D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 53, § 1).

Julianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem ejus non esse cogendum fideicommissa praestare : portionem enim ad coheredem sine onere pertinere. Sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem (D. 31, *de leg.* 2°, L. 61, § 1).

Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio et licet

(13) D. 37, 4, *de bon. poss. contra tab.*, L. 12, pr. initio. — (14) L. 12, pr. i. f., cit.

decesserint, antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet (D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 9).

Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit[15], heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit (D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 60 (59), § 3).

Si ita quis heredes instituerit : ' Titius heres esto : Gaius et ' Maevius aequis ex partibus heredes sunto ', quamvis et syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur (D. *eod.*, L. 67 (66)).

Si duobus filiis et ex alio filio duobus nepotibus bonorum possessio competat et alter ex nepotibus non petat, pars ejus fratri adcrescit. Si vero ex filiis alter non petat, tam fratri quam nepotibus id prodest : namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes consequuntur (D. 37, 4, *de bon. poss. contra tab.*, L. 12, pr.).

CHAPITRE IV. — DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

D. 29, 2, *de adquirenda vel omittenda hereditate*.
C. 6, 30, *de jure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate*.

SECTION I. — NOTIONS ET CONDITIONS.

I. De l'hérédité civile.

§ 697. *De la manière dont on acquiert l'hérédité civile.*

En général on acquiert seulement l'hérédité par un acte d'acceptation[1]. Toutefois, les enfants sous puissance du *de cujus* et les esclaves institués héritiers par leur maître l'acquièrent de plein droit au moment de son ouverture, indépendamment d'une acceptation[2]. Ils l'acquièrent même forcément, ce sont des

(15) Qui n'était *re conjunctus* avec personne.
(1) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 5 initio.
(2) D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 14,

héritiers nécessaires, sauf le bénéfice d'abstention des enfants sous puissance [3]; ces derniers prennent le nom spécial d'héritiers siens et nécessaires, parce qu'ils sont censés continuer une propriété antérieure [4]. Aux héritiers nécessaires ou siens et nécessaires on oppose les autres héritiers sous le nom d'héritiers volontaires ou externes [5].

§ 698. *De l'acceptation de l'hérédité civile.*

On peut accepter l'hérédité par une simple manifestation de volonté [1], expresse ou tacite [2]. Il y a acceptation expresse, d'après la terminologie romaine adition d'hérédité (*hereditatis aditio*, de *ire ad hereditatem*), lorsque l'appelé déclare directement vouloir être héritier. Il y a acceptation tacite lorsqu'il fait des actes qui n'admettent pas d'autre explication raisonnable que celle d'une acceptation de l'hérédité ou, comme disent les Romains, lorsqu'il fait des actes d'héritier, *pro herede gestio* [3]. Quels sont ces actes? Les aliénations de biens héréditaires ont naturellement ce caractère [4], pourvu que l'appelé ait su que l'hérédité lui était déférée [5] et que les biens aliénés faisaient partie de l'hérédité [6]; sous cette condition il a dû se considérer comme maître de la succession, donc comme héritier [7]. Notamment l'aliénation des droits successifs, à titre onéreux ou gratuit, implique une acceptation tacite de l'hérédité [8]. Toutefois, l'appelé peut avoir aliéné des biens héréditaires dans l'intention de gérer simplement des affaires de la succession, et alors il n'est pas considéré comme acceptant mais comme gérant des affaires de l'hérédité [9]. Quant aux actes qui ne constituent pas des aliénations, tout dépend de l'inten-

§ 697—(3) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, pr., § 1-2. Cf. ci-dessus T. II, § 693.
(4) I. *eod.*, § 2. Cf. ci-dessus § 586, 1°. — (5) I. *eod.*, § 3 et 5 initio.

§ 698—(1) C. *h. t.*, L. 6 initio. — (2) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 7 initio.
(3) D. *h. t.*, L. 20, pr.
(4) I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 7, v[is] Pro herede enim gerere est pro domino gerere. — (5) § 7 cit., v[is] dummodo sciat........ heredem esse.
(6) D. *h. t.*, L. 20, § 1, v[is] Servos hereditarios....... — (7) Texte de la note 4.
(8) C. *h. t.*, L. 6. — (9) D. *h. t.*, L. 20, § 1, v[is] Servos hereditarios.........

tion de l'appelé; s'il a voulu les faire pour son compte personnel, il sera acceptant(10); s'il a seulement voulu gérer les affaires de l'hérédité, il y aura une simple gestion des affaires d'autrui (11). Cette distinction doit être faite lorsque l'appelé donne en location des biens héréditaires, répare des maisons de la succession, habite la maison paternelle, paye des dettes héréditaires, etc.; mais, s'il paye exactement sa quote-part dans la dette, il sera difficile de ne pas admettre un acte d'héritier. On peut d'ailleurs accepter une hérédité en personne ou par un mandataire (12), et l'administrateur d'une personne juridique l'accepte valablement pour compte de cette dernière (13). Pour être valable, l'acceptation de l'hérédité exige les conditions suivantes :

1° L'hérédité doit être actuellement déférée à l'acceptant (14), sinon l'acceptation n'a pas d'objet; surtout l'acceptation faite du vivant du *de cujus* est considérée comme non avenue (15).

2° L'acceptant doit être capable de s'obliger par des actes juridiques, car l'héritier est tenu de payer les dettes et autres charges héréditaires (16); l'impubère (16) et même le mineur pubère (17) sont incapables d'accepter une hérédité. Si l'appelé est incapable, il ne peut l'accepter qu'avec le consentement de son père de famille (18), l'autorisation de son tuteur (19) ou le consentement de son curateur (20). Le droit romain n'admet pas en général que le représentant de l'incapable puisse accepter l'hérédité au nom de ce dernier (21). Il déroge seulement à la règle quant aux incapables

(10) I, 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 7 initio; D. *h. t.*, L. 20, § 1; C. *h. t.*, L. 2.

(11) D. *h. t.*, L. 20, § 1; C. 6, 31, *de repud. v. abstin. hered.*, L. 1.

(12) Arg. D. 37, 1, *de bonor. poss.*, L. 3, § 7 initio, cbn. avec C. *h. t.*, L. 12. — Arg. C. *h. t.*, L. 4. — Voyez en ce sens Leist, *Die bonorum possessio* II (2), § 168-169, Kœppen, *System*, § 11, p. 386-390, et *Lehrbuch* 1, § 10, Rivier, cité, § 43, 1°, et Windscheid, III, § 596, 3°, et note 11. Contra Mühlenbruch, *Continuation de Glück* XLII, § 1491, p. 400-414, Vangerow, II, § 498, texte 2, Maynz, III, § 396 et note 73, et Namur, II, § 415, 5, 5°.

(13) Arg. D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 6, § 4. — (14) D. *h. t.*, L. 21, § 2.

(15) Arg. D. *h. t.*, L. 21, § 2 i. f., cbn. avee L. 94. — (16) D. *h. t.*, L. 8 pr.

(17) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 26. Cf. C. *h. t.*, L. 12. — (18) C. *h. t.*, L. 18, § 4.

(19) D. *h. t.*, L. 8, pr. — (20) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 26.

(21) C. *h. t.*, L. 5; D. *h. t.*, L. 90, pr.

qui, étant dépourvus de volonté, sont dans l'impossibilité de faire une adition personnelle; c'est ainsi que le père de famille [22] et le tuteur [23] d'un impubère âgé de moins de sept ans ont qualité pour accepter l'hérédité au nom de l'enfant; en ce qui concerne l'aliéné, son curateur peut accepter, sinon l'hérédité, au moins une *bonorum possessio* provisoire *furiosi nomine* [24].

3° L'hérédité doit être acceptée telle qu'elle est déférée; l'appelé ne peut changer son mode de vocation à l'hérédité. Notamment il ne peut accepter sous condition ou à terme; l'acceptation conditionnelle ou à terme est considérée comme non avenue [25]. Une acceptation partielle n'est pas non plus possible [26]; mais, à la différence de l'acceptation conditionnelle ou à terme, elle n'est pas nulle; elle vaut au contraire comme acceptation totale [27]; ici l'acceptant est devenu héritier et, puisqu'il ne peut l'être pour partie, il l'est pour le tout.

4° En principe le droit romain ne fixe aucun délai pour l'acceptation de l'hérédité [28]; mais les créanciers de la succession, les légataires, les cohéritiers et les héritiers subséquents peuvent agir immédiatement contre l'appelé par les actions qui leur compètent. Alors l'appelé doit se prononcer aussitôt ou du moins dans le délai qui lui est fixé par le juge et dont le maximum est d'un an [29]; cette concession du juge est connue sous le nom de bénéfice de délibérer. Si, dans le cours du délai obtenu, le défendeur ne se prononce pas, il est considéré comme acceptant ou comme renonçant selon l'intérêt du demandeur; il sera donc réputé acceptant vis-à-vis des créanciers héréditaires [30] ou des légataires et renonçant à l'égard d'un cohéritier ou d'un héritier subséquent. En effet, la délibération sur l'acceptation ou la répudiation de l'hérédité a pour but de déterminer si le défendeur doit ou non répondre à l'action dirigée contre lui; or, en laissant expirer le délai

(22) C. *h. t.*, L. 18, pr. — (23) L. 18 cit., § 2.
(24) C. 5, 70, *de cur. fur.*, L. 7, § 3 et 3a (§ 3). Cf. ci-après § 700, 2°.
(25) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 77 initio; D. *h. t.*, L. 51, § 2.
(26) D. *h. t.*, L. 1, L. 2. — (27) D. *h. t.*, L. 80, § 1. — (28) Gaius, II, 167.
(29) C. *h. t.*, L. 22, § 13 et 13a (§ 13). — (30) L. 22 cit., § 14a i. f. (§ 14).

obtenu, sans faire une déclaration spéciale, le défendeur se soumet tacitement à l'action. Au reste, celui qui devient héritier après avoir fait usage du bénéfice de délibérer, est tenu des dettes héréditaires au delà de l'actif de la succession(31); c'est le droit commun. Pour ce motif, si le défendeur se trouve encore dans le délai légal(32), il a intérêt à user plutôt du bénéfice d'inventaire; à la vérité, il devient alors immédiatement héritier, mais il ne doit payer les dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de l'actif de la succession(33). Les deux bénéfices ne peuvent être cumulés; en optant pour l'un, on renonce virtuellement à l'autre(34).

Extraneus heres testamento institutus aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri (I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 7).

Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres... Hoc animo esse debet, ut velit esse heres (D. *h. t.*, L. 20, pr.).

Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur.. vendendo res hereditarias,.. dummodo sciat eum, in cujus bonis pro herede gerit, testato intestatove obiisse et se ei heredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant (I. 2, 19, *de hered. qual. et differ.*, § 7).

Si fundos aut aedes locavit vel fulsit vel si quid aliud fecit non hoc animo, quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est vel ab intestato heres exstaturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit : in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit (D. *h. t.*, L. 20, § 1).

Sed ita demum pro herede gerendo adquiret hereditatem, si jam sit ei delata (D. *h. t.*, L. 21, § 2).

More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris

(31) L. 22 cit., § 14, 14a et 14b (§ 14). — (32) Cf. ci-après § 702, 3°.
(33) Cf. ci-après § 703, 1°. — (34) C. *h. t.*, L. 22, § 14a (§ 14).

auctoritate obligari possunt : hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est (D. *h. t.*, L. 8, pr.).

Si quis ita dixerit : ' si solvendo hereditas est, adeo hereditatem ', nulla aditio est (D. *h. t.*, L. 51, § 2).

Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest (D. *h. t.*, L. 1).

§ 699. *De l'ancienne cretio.*

A l'époque classique, l'héritier était souvent institué sous la condition de reconnaître l'hérédité dans un certain délai, qui en général était de cent jours utiles (*Titius heres esto, cernitoque in centum diebus proximis quibus scies poterisque*) (1). L'héritier ainsi institué devait accepter dans le délai fixé (2) et en termes solennels (*hereditatem adeo cernoque*) (3). Une pareille acceptation s'appelait *cretio* (4). Mais en droit nouveau l'institué peut, même dans ce cas, accepter l'hérédité d'une manière quelconque (5), sauf à observer le délai imposé par le testament (6).

II. De la bonorum possessio; § 700.

I. 3, 9, et D. 37, 1, *de bonorum possessionibus.*
C. 6, 9, *qui admitti ad bonorum possessionem possunt et intra quod tempus.*

Les règles concernant l'acquisition de l'hérédité civile s'appliquent à l'acquisition de la *bonorum possessio* (1), sauf les différences suivantes :

1° La *bonorum possessio* s'acquiert toujours par une acceptation (2) et celle-ci doit se faire en justice (3) et dans les cent jours utiles (4) ; le délai est porté à une année utile pour les descendants et ascendants du défunt (4). En général, l'acceptation peut se faire

§ 699—(1) Gaius, II, 164-165. — (2) Gaius, II, 166.
(3) Gaius, II, 166 initio. Voyez cependant Gaius, II, 177-178, et Ulpien, XXII, 34. — (4) Gaius, II, 166. — (5) C. *h. t.*, L. 17. — (6) Arg. D. *h. t.*, L. 72.
§ 700—(1) D. *h. t.*, L. 7, § 1. — (2) D. *h. t.*, L. 3, § 3. — (3) C. *h. t.*, L. 9 initio.
(4) I. *h. t.*, § 9 i. f. (9 initio) ; D. 38, 15, *quis ordo in poss. serv.*, L. 2, pr.

par une simple déclaration devant le magistrat et à un endroit quelconque (*de plano*)[5], *agnoscere bonorum possessionem*; une pareille *bonorum possessio* étant directement fondée sur l'édit prétorien s'appelait *edictalis*[6]. Mais, lorsque la *bonorum possessio* était subordonnée à certaines conditions de fait qui exigeaient une vérification préalable, elle devait être demandée devant le tribunal du magistrat[7], *petere bonorum possessionem*, et le magistrat, après avoir procédé à une enquête, l'accordait le cas échéant par la voie d'un décret[7], *bonorum possessio decretalis*[8].

2° La *bonorum possessio* peut être acceptée par le tuteur d'un impubère âgé de sept ans[9] et le curateur d'un aliéné peut obtenir au nom de ce dernier une *bonorum possessio* provisoire[10]; celle-ci est considérée comme non avenue si l'aliéné décède en état d'aliénation mentale ou s'il la répudie après avoir recouvré l'usage de la raison[11].

SECTION II. — EFFETS DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

I. Principes généraux; § 701.

I. L'héritier étant un successeur universel représente la personne du défunt; il forme une seule personne avec ce dernier[1]. En conséquence :

1° L'héritier succède à tous les rapports juridiques dans lesquels se trouvait le *de cujus*, même à ceux qui sont intransmissibles d'une personne à une autre[2], car en droit l'héritier n'est point une personne distincte de son auteur. Notamment l'héritier est tenu des dettes héréditaires[3] et, de même que tout autre débiteur, il en est tenu sur l'ensemble de ses biens, donc non seulement sur les biens héréditaires, mais encore sur son patrimoine propre; il est obligé au delà de l'actif héréditaire[3], *ultra*

(5) Arg. L. 2 cit., § 1. — (6) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 30, § 1 i. f.
(7) D. *h. t.*, L. 3, § 8. — (8) D. 38, 9, *de succ. edicto*, L. 1, § 7 initio.
(9) C. *h. t.*, L. 7, pr. (L. 7 initio).
(10) C. 5, 70, *de cur. fur.*, L. 7, § 3 et 3*a* (§ 3). — (11) L. 7 cit., § 8.
(1) Nov. 48, praef. i. f. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 37. — (3) D. *h. t.*, L. 8, pr. i. f.

*vires hereditatis** (4). Toutefois l'héritier ne succède pas aux rapports qui étaient inhérents à l'individualité physique du *de cujus;* de pareils rapports s'éteignent nécessairement avec l'individu physique auquel ils sont attachés. Tels sont les droits de la personnalité, les servitudes personnelles (5) et l'obligation de payer la peine d'un délit (6). La possession non plus ne passe pas de plein droit à l'héritier; celui-ci ne l'acquiert qu'en vertu d'une appréhension nouvelle (7); comme il a été expliqué (8), la possession, qui constitue un simple fait, ne saurait être attribuée par la loi.

2° Le patrimoine du défunt et celui de l'héritier étant réunis en un seul, il n'y a plus qu'un seul actif et un seul passif; les créanciers héréditaires et les créanciers personnels de l'héritier sont payés de la même manière sur les deux actifs confondus. Si ceux-ci sont inférieurs aux deux passifs, les créanciers héréditaires et les créanciers propres de l'héritier supportent l'insolvabilité, bien que personnellement le *de cujus* ou l'héritier fût solvable (9).

3° Si l'héritier avait un droit réel sur un bien du *de cujus*, ou réciproquement si le *de cujus* en avait un sur un bien de l'héritier, ce droit réel s'éteint à raison de la réunion des deux patrimoines sur la même tête (10); on ne peut avoir un *jus in re** sur sa propre chose. De même, si l'héritier avait une créance contre le *de cujus* ou vice versa, la créance s'éteint (11); il est impossible de se payer sur ses propres biens.

II. L'héritier est obligé d'exécuter les legs (12) et les autres charges que le testateur lui a imposés; ici encore il est tenu au delà du montant de l'hérédité (13). Cette obligation, à la différence de celle de payer les dettes héréditaires, ne résulte pas du principe de la représentation de la personne du défunt; le testateur n'étant

(4) Cf. D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 11, § 5 i. f.
(5) I. 2, 4, *de usu fructu*, § 3 initio.
(6) I. 4, 12, *de perpet. et tempor. action.*, § 1 initio.
(7) D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 23, pr. — (8) T. I, § 159, I, 1°.
(9) Arg. D. 42, 6, *de separat.*, L. 1, § 1. — (10) D. 8, 6, *quemadm. serv. amitt.*, L. 1.
(11) D. 46, 3, *de solut.*, L. 95, § 2 initio.
(12) I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 5. — (13) Nov. 1, c. 2, § 2 initio.

pas tenu des charges testamentaires ne les transmet pas à son héritier. Celui-ci doit les exécuter en vertu d'un quasi-contrat[14] fondé sur l'acquisition de l'hérédité; l'héritier acquiert la succession telle qu'elle lui est déférée, avec les charges qui y sont inhérentes; sous ce rapport, il ressemble à un donataire à qui le donateur a imposé un mode.

Ces règles générales peuvent être modifiées par le bénéfice d'inventaire et par le bénéfice de séparation des patrimoines; le premier est une création de Justinien, le second existait déjà à l'époque classique.

Nostris legibus una quodammodo persona videtur heredis esse et ejus qui hereditatem in eum transmittit (Nov. 48, praef.).

Hereditas.. quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est (D. *h. t.*, L. 8, pr.).

Aditio hereditatis nonnumquam jure confundit obligationem, velut si creditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit hereditatem (D. 46, 3, *de solut.*, L. 95, § 2).

Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur (neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest): et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur (I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 5).

II. Des bénéfices d'inventaire et de séparation des patrimoines.

A) *Du bénéfice d'inventaire.*

§ 702. *Conditions.*

Le bénéfice d'inventaire exige la confection d'un inventaire fidèle et exact, fait dans la forme et le délai requis.

1° L'inventaire doit être fidèle et exact; l'héritier ne peut y omettre aucun bien héréditaire, ni volontairement, ni par erreur;

(14) I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 5.

il est tenu d'affirmer la sincérité de ses déclarations (1). Si des biens de la succession n'ont pas été compris dans l'inventaire, l'héritier en doit compte au double (2) ou au simple (3), selon que l'omission a été volontaire ou involontaire.

2° L'inventaire doit être dressé par deux tabulaires (4) et en présence des créanciers de la succession et des légataires (5).

3° L'inventaire doit être commencé dans le mois (6) et terminé dans les trois mois (7), à partir du jour où l'héritier a su que l'hérédité lui était déférée (8).

§ 703. *Effets du bénéfice d'inventaire.*

Le bénéfice d'inventaire produit déjà un effet pendant les délais de l'inventaire ; l'héritier peut opposer une exception dilatoire aux créanciers de la succession et aux légataires qui le poursuivent avant l'expiration de ces délais (1). Comme les créanciers de la succession et les légataires se trouvent ainsi dans l'impossibilité légale d'agir, la prescription ne court pas contre eux pendant les délais de l'inventaire (2). Mais l'effet proprement dit du bénéfice d'inventaire est de mettre l'héritier à l'abri de toute perte que lui aurait causée l'acquisition pure et simple de l'hérédité (3). D'après cela :

1° Il est seulement tenu des dettes héréditaires jusqu'à concurrence de l'actif de la succession (4), *intra vires hereditatis**, déduction faite de ses débours légitimes tels que les frais funéraires et les frais d'inventaire (5). Son obligation est encore plus restreinte à l'égard des légataires ; il n'est tenu de les payer que jusqu'à concurrence des trois quarts nets de la succession ; il peut retenir

§ 702—(1) C. *h. t.*, L. 22, § 2ᵉ initio (§ 2). — (2) L. 22 cit., § 10 i. f.
(3) L. 22, § 10, cit. — (4) L. 22 cit., § 2ª (§ 2).
(5) Nov. 1, c. 2, § 1 initio, cbn. avec C. *h. t.*, L. 22, § 2ª (§ 2).
(6) L. 22 cit., § 2. — (7) L. 22 cit., § 2ª (§ 2).
(8) L. 22 cit., § 2 (§ 2 initio), cf. § 3.
§ 703 - (1) C. *h. t.*, L. 22, § 11. — (2) L. 22, § 11 i. f., cit.
(3) L. 22 cit., § 10, vⁱˢ neque lucrum.......... sentiat hereditate.
(4) L. 22 cit., § 4 (§ 4 initio). — (5) L. 22 cit., § 9 initio.

la quarte Falcidie (6); par exemple, si l'actif est de 50,000 as et le passif de 10,000 as, il ne doit payer aux légataires que 30,000 as au maximum. L'héritier peut faire ces payements avec les deniers héréditaires ou avec l'argent provenant de la vente de biens de la succession, et même il a le droit de donner ces biens en payement (7). Il peut d'ailleurs payer les créanciers hypothécaires ou chirographaires et les légataires au fur et à mesure qu'ils se présentent (8); si, en payant des dettes ou des legs, il a épuisé l'actif héréditaire, il n'est plus tenu de répondre à l'action des créanciers héréditaires qui se présentent plus tard, alors même qu'il s'agirait de créanciers hypothécaires (9). Les créanciers non payés ont seulement le droit d'agir contre les légataires payés, car les dettes l'emportent naturellement sur les legs (10); *nemo liberalis nisi liberatus**. De même les créanciers hypothécaires non payés agiront contre les créanciers chirographaires payés (11) et les créanciers hypothécaires premiers en rang qui n'auront pas été satisfaits, agiront contre les créanciers hypothécaires subséquents qui l'auront été à leur détriment (12).

2° Lorsque l'héritier avait une créance contre le *de cujus*, il la conserve (13); s'il la perdait, l'acquisition de l'hérédité lui causerait un préjudice. Mais réciproquement, lorsque l'héritier était débiteur du *de cujus*, sa dette subsiste (14); s'il était libéré, l'acquisition de l'hérédité lui procurerait un profit. Dans les deux cas, un payement peut intervenir entre l'héritier et la succession; l'héritier peut se payer sur la masse héréditaire ou tenir compte à la succession du montant de sa dette.

Si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus

(6) L. 22 cit., § 4 (§ 4 initio). — (7) L. 22 cit., § 4a i. f. (§ 4 i. f.).
(8) L. 22 cit., § 4a (§ 4 i. f.). — (9) L. 22 cit., § 5 initio. — (10) L. 22, § 5 i. f., cit.
(11) Arg. L. 22 cit., § 6. — (12) L. 22, § 6, cit. — (13) L. 22 cit., § 9 i. f.
(14) Arg. L. 22 cit., § 9 i. f. et 10, v^is neque lucrum......... sentiat hereditate.

teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant (C. *h. t.*, L. 22, § 4).

Neque lucrum neque damnum aliquod heres ex hujusmodi sentiat hereditate (L. 22 cit., § 10).

Sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non eae confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam (L. 22 cit., § 9).

B) *Du bénéfice de séparation des patrimoines;* § 704.

D. 42, 6, *de separationibus.*

C 7, 72, *de bonis auctoritate judicis possidendis seu venumdandis et de separationibus.*

1° Le bénéfice de séparation des patrimoines appartient aux créanciers de la succession (1) et aux légataires (2), mais non aux créanciers personnels de l'héritier (3). En effet, un débiteur est libre de contracter de nouvelles dettes et par conséquent aussi de s'obliger par l'acceptation d'une hérédité vis-à-vis des créanciers héréditaires (4). D'ailleurs, les créanciers personnels de l'héritier sont indirectement protégés par le bénéfice d'inventaire; si l'héritier use de ce bénéfice, comme son intérêt le lui commande, il s'opère une véritable séparation des patrimoines au profit de ses créanciers.

2° La séparation des patrimoines doit être demandée en justice (5), dans les cinq ans qui suivent l'acquisition de l'hérédité (6). En outre, elle est exclue quant aux biens héréditaires qui se sont matériellement confondus avec ceux de l'héritier (7) ou que ce dernier a aliénés de bonne foi (8), et le bénéfice cesse si les créanciers héréditaires ou les légataires y ont renoncé d'une manière expresse ou tacite, par exemple en acceptant l'héritier pour débiteur (9).

3° Les créanciers de la succession et les légataires qui ont obtenu la séparation des patrimoines, mais ceux-là seulement (10),

(1) D. *h. t.*, L. 1, § 1. — (2) D. *h. t.*, L. 6, pr.
(3) D. *h. t.*, L. 1, § 2. Voyez cependant L. 1 cit., § 5.
(4) D. *h. t.*, L. 1, § 2 initio. — (5) D. *h. t.*, L. 1, pr. — (6) D. *h. t.*, L. 1, § 13.
(7) L. 1 cit., § 12. — (8) D. *h. t.*, L. 2. — (9) D. *h. t.*, L. 1, § 10, 11 et 15, cf. L. 7.
(10) D. *h. t.*, L. 1, § 16.

sont payés sur les biens héréditaires de préférence aux créanciers personnels de l'héritier (11); si après ce payement il reste un excédent, celui-ci se confond avec le patrimoine propre de l'héritier et profite à ses créanciers personnels (12). Mais, si les créanciers héréditaires et les légataires qui ont obtenu la séparation, ne sont pas intégralement payés à l'aide des biens de la succession, ils n'ont pas le droit de poursuivre l'héritier sur son patrimoine propre, alors même que les créanciers personnels de l'héritier auraient été complètement désintéressés (13). En effet, en demandant la séparation du patrimoine de la succession d'avec celui de l'héritier, ils ont voulu s'en tenir au premier et renoncé tacitement à toute action sur le second (14).

Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis : ut puta debitorem quis Seium habuit : hic decessit : heres ei extitit Titius : hic non est solvendo : patitur bonorum venditionem : creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditoris Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. Fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit potueritque creditoribus suis ita in assem vel, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii ii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo aut minus solvendo quam Seius. Est igitur aequissimum creditores Seii desiderantes separationem audiri impetrareque a praetore, ut separatim quantumcumque (15) cujusque creditoribus praestetur (D. *h. t.*, L. 1, § 1) (16).

Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem : nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui deteriorem facere condicionem (D. *h. t.*, L. 1, § 2).

(11) L. 1 cit., § 1 i. f. — (12) L. 1 cit., § 17 initio.

(13) D. *h. t.*, L. 1, § 17, v^is Item sciendum est......... separavit, L. 5, cf. L. 3, § 2.

(14) D. *h. t.*, L. 1, § 17, v^is Cujus rei ratio......... separavit, L. 5.

(15) Autant qu'il leur revient sur chaque patrimoine.

(16) Ce passage, qui semble altéré, est reproduit ici d'après les notes du Digeste de MOMMSEN.

Sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem : confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit (D. *h. t.*, L. 1, § 12).

Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus : non poterunt reverti ad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent (D. *h. t.*, L. 5).

III. Des voies de droit ouvertes aux héritiers.

§ 705. *Aperçu.*

Les principales voies de droit ouvertes aux héritiers sont la pétition d'hérédité, l'interdit *Quorum bonorum* et une action possessoire pour l'institué (§ 706-710).

A) *De la pétition d'hérédité.*

D. 5, 3, *de hereditatis petitione*. — C. 3, 31, *de petitione hereditatis*.

FRANCKE, *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de Hereditatis Petitione*, Gœttingen, 1864.

§ 706. *Notion et conditions.*

La pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) est la revendication d'une hérédité. A ce titre elle constitue une action réelle(1) ; sans doute, elle poursuit aussi l'exécution de certaines obligations qui incombent au possesseur de la succession (2), mais ces obligations ont un caractère accessoire et la nature réelle ou personnelle d'une action doit se déterminer d'après son objet principal ; or cet objet est la revendication d'une hérédité. La pétition d'hérédité étant une revendication est soumise généralement aux règles de la revendication ordinaire.

1° *Du demandeur.* Le demandeur à l'action est l'héritier. Le *bonorum possessor* a une *hereditatis petitio possessoria* (3), l'héri-

(1) D. *h. t.*, L. 25, § 18 initio. — (2) L. 25, § 18, cit. Cf. ci-après § 707, 1°.
(3) D. 5, 5, *de poss. hered. petit.*, L. 1-2.

tier fidéicommissaire, c'est-à-dire le légataire universel auquel la succession a été restituée, a une *hereditatis petitio fideicommissaria* (4) et l'acheteur de l'hérédité une pétition d'hérédité utile (5).

2° *Du défendeur*. Le défendeur à la pétition d'hérédité est celui qui possède des biens héréditaires ou des équivalents de pareils biens, à titre d'héritier ou sans titre (6). — Ainsi, à la différence de la revendication ordinaire, la pétition d'hérédité ne se donne pas contre un possesseur quelconque de biens héréditaires, mais seulement contre ceux qui possèdent de pareils biens à titre d'héritier ou sans titre. Le possesseur à titre d'héritier (*pro herede*) est celui qui s'attribue la qualité d'héritier (7) ; à proprement parler l'acheteur d'une hérédité n'élève pas cette prétention, mais en fait il ressemble au possesseur à titre d'héritier et partant on permet à l'héritier de le poursuivre par une pétition d'hérédité utile (8). Possèdent sans titre (*pro possessore*) le possesseur violent et le voleur (9). Par contre, le possesseur à titre particulier d'un bien héréditaire n'est pas soumis à la pétition d'hérédité, mais seulement à la revendication spéciale (10) et, pour réussir à celle-ci, le demandeur doit établir sa qualité de propriétaire. Supposons que, Primus étant héritier, quelqu'un achète d'un tiers un bien héréditaire déterminé; Primus devra agir contre l'acheteur par la revendication ordinaire. En effet l'acheteur ne lèse pas le droit d'hérédité de Primus, il ne le conteste pas même; en soutenant que la chose est à lui et non à Primus, il lèse le droit de propriété de Primus; dès lors celui-ci ne peut l'emporter sur l'acheteur qu'en agissant comme propriétaire et en prouvant sa qualité. — Mais, à un autre point de vue, la pétition d'hérédité a une portée plus grande que la revendication ordinaire. Elle ne se donne pas seulement contre ceux qui possèdent en nature des biens héréditaires; on peut aussi l'exercer contre ceux qui possèdent des

(4) D. 5, 6, *de fideic. hered. petit.*, L. 1-2.

(5) D. *h. t.*, L. 54, pr., cbn. avec D. 2, 14, *de pact.*, L. 16, pr., v^{is} rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas. — (6) D. *h. t.*, L. 9.

(7) D. *h. t.*, L. 11, pr. — (8) D. *h. t.*, L. 13, § 4. — (9) D. *h. t.*, L. 11, § 1, L. 12.

(10) C. *h. t.*, L. 7, § 1 cbn. avec le pr. (L. 7 i. f. cbn. avec l'initium).

équivalents de pareils biens (*juris possessores*[11]), par exemple contre celui qui, se prétendant héritier, a vendu l'hérédité[12] ou des choses héréditaires déterminées[13] et reçu le prix, ou bien a touché des créances héréditaires[14], etc.[15]. Il résulte delà que, si un non-héritier vend une succession, le véritable héritier pourra diriger la pétition d'hérédité, à son choix, contre le vendeur ou contre l'acheteur de la succession[16].

3° *De la preuve.* Le demandeur à la pétition d'hérédité doit prouver le fondement de son action, donc sa qualité d'héritier et la possession à titre d'héritier ou sans titre du défendeur. Il n'est pas tenu d'établir qu'il est propriétaire des différents biens matériellement compris dans la succession.

Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam (D. *h. t.*, L. 9).

Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro haerede possideat, quaeritur : et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit (D. *h. t.*, L. 11, pr.).

Et a juris possessoribus posse hereditatem peti constat (D. *h. t.*, L. 13, § 15). Julianus ait, sive quis possidens sive non rem[17] vendiderit, petitione hereditatis eum teneri, sive jam pretium recepit sive petere possit, ut et hic actionibus cedat (D. *h. t.*, L. 16, § 5).

§ 707. *Effets de la pétition d'hérédité.*

La pétition d'hérédité étant une revendication, ses effets sont analogues à ceux de la revendication ordinaire[1]. Mais, en vertu

(11) D. *h. t.*, L. 13, § 15. — (12) L. 13 cit., § 4. — (13) D. *h. t.*, L. 16, § 5.
(14) L. 16 cit., § 1.
(15) D. *h. t.*, L. 13, § 15, L. 42. — D. *h. t.*, L. 16, § 2. — D. *h. t.*, L. 16, § 4.
(16) D. *h. t.*, L. 13, § 4. — (17) *Hereditariam.*
(1) D. *h. t.*, L. 31, § 3; C. *h. t.*, L. 1, § 2 (§ 1 i. f.).

d'un sénatus-consulte d'Adrien, vulgairement connu sous le nom de sénatus-consulte Juventien (2), le défendeur à la pétition d'hérédité, fût-il de bonne foi, ne doit retirer aucun profit de la succession, il est tenu de restituer tout ce dont il s'est enrichi (3) et d'autre part, s'il est de bonne foi, il ne doit subir aucune perte (4). Par application de ce principe :

1° Le défendeur doit restituer, outre les biens héréditaires qu'il possède en nature (5), tous les équivalents de pareils biens, tels que le prix de vente de biens héréditaires (6), les choses acquises à l'aide des deniers de la succession (7) et le montant des créances héréditaires touchées par le défendeur (8).

2° En ce qui concerne les fruits, il faut distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, ainsi qu'entre la période antérieure et la période postérieure à la citation en justice (9). — Pour la première période, le possesseur de bonne foi doit rendre les fruits qui existent encore en nature entre ses mains et la valeur de ceux qu'il a consommés si la consommation lui a épargné une dépense (10), par exemple il a consommé le vin provenant du vignoble de la succession et évité ainsi un achat qu'il avait l'habitude de faire. Pour la seconde période, il est comptable de tous les fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir (11). — Le possesseur de mauvaise foi a déjà cette obligation pour la première période (12). Pour la seconde, si l'héritier est un homme d'une diligence supérieure à celle de la moyenne des hommes et retirait ordinairement de ses biens plus de fruits que les autres, le possesseur de mauvaise foi doit en outre lui tenir compte de cet excédent (13).

---

(2) D. *h. t.*, L. 20, § 6 à 6ᵈ (§ 6). Cf. MAYNZ, III, § 408 et note 16.

(3) D. *h. t.*, L. 28. — (4) Arg. D. *h. t.*, L. 38, L. 39, § 1.

(5) D. *h. t.*, L. 18, § 2, cf. L. 19, pr. — (6) D. *h. t.*, L. 20, § 6ᵇ (§ 6), L. 22 i. f.

(7) D. *h. t.*, L. 25, § 11 i. f. — (8) D. *h. t.*, L. 31, § 5.

(9) D. *h. t.*, L. 25, § 7, et non à la *litis contestatio*, comme au point de vue de la revendication ordinaire; cf. ci-dessus T. I, § 203. — (10) C. *h. t.*, L. 1, § 1.

(11) L. 1 cit., § 2 (§ 1 i. f.). — (12) D. *h. t.*, L. 25, § 4 cbn. avec § 3.

(13) Arg. D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 62, § 1. Cf. ci-dessus T. I, § 203, II, 2°.

Post senatus consultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est (D. *h. t.*, L. 28).

Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere (D. *h. t.*, L. 20, § 6ᵇ (§ 6)).

Quod autem possessori solutum est an restituere debeat, videamus : et si bonae fidei possessor fuit sive non, debere restituere placet (D. *h. t.*, L. 31, § 5).

§ 708. *De quelques exceptions qui peuvent être opposées à la pétition d'hérédité.*

1° *Du bénéfice de cession d'actions.* Si, par sa faute, le défendeur de bonne foi à la pétition d'hérédité ne peut restituer en nature des biens héréditaires, notamment si par sa faute il en a perdu la possession pendant le procès, et qu'il soit condamné à des dommages et intérêts, il a le droit d'exiger, en échange, la cession des actions du demandeur relatives aux biens dont il s'agit et de refuser le payement tant que cette cession n'a pas eu lieu (1).

2° *De l'exception de dol pour impenses faites aux biens héréditaires.* Le défendeur de bonne foi peut réclamer une indemnité pour toute sorte d'impenses, alors même qu'elles seraient voluptuaires (2). Ainsi le veut le principe du sénatus-consulte d'Adrien, d'après lequel la possession de l'hérédité ne doit faire éprouver aucune perte au possesseur de bonne foi. Quant au défendeur de mauvaise foi, le demandeur est tenu de lui rembourser les impenses nécessaires d'une façon absolue et les impenses utiles jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée aux biens héréditaires (3); mais les impenses voluptuaires lui confèrent seulement le droit d'enlever les ajoutes résultant des débours (4).

---

(1) Arg. D. 6, 1, *de rei vind.*, L. 63 initio. Cf. ci-dessus T. I, § 204, I.

(2) D. *h. t.*, L. 38, L. 39, § 1 initio. — (3) D. *h. t.*, L. 38.

(4) D. *h. t.*, L. 39, § 1 i. f. Cf. ci-dessus T. I, § 204, II.

In.. necessariis et utilibus impensis posse separari,.. ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur, praedo autem non aliter, quam si res melior sit (D. *h. t.*, L. 38).

Videamus tamen, ne et ad picturarum quoque et marmorum et ceterarum voluptuariarum rerum impensas aeque nobis proficiat doli exceptio, si modo bonae fidei possessores simus : nam praedoni probe dicetur non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere : ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possint (D. *h. t.*, L. 39, § 1).

B) *De l'interdit Quorum bonorum;* § 709.

D. 43, 2, et C. 8, 2, *quorum bonorum.*

L'interdit *Quorum bonorum* est une action possessoire par laquelle un *bonorum possessor* réclame la possession des biens héréditaires à ceux qui les possèdent à titre d'héritier ou sans titre[1]. C'est un moyen simplement possessoire, un interdit *adipiscendae possessionis*[1]; il ne soulève pas la question du droit d'hérédité[2]. En conséquence, le demandeur doit seulement établir le fait de l'acquisition régulière de la *bonorum possessio*[3]; le défendeur n'est pas admis à opposer sa qualité d'héritier[4]. D'un autre côté, le jugement rendu à l'interdit n'a pas force de chose jugée quant au droit d'hérédité et la partie succombante peut encore recourir à la pétition d'hérédité[5]. L'interdit *Quorum bonorum* appartient exclusivement au *bonorum possessor*; l'héritier civil n'en dispose point[6].

C) *De l'action possessoire accordée à l'institué;* § 710.

C. 6, 33, *de edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur.*

L'institué peut réclamer la possession des biens héréditaires à ceux qui les possèdent à titre d'héritier ou sans titre[1]. Pour

§ 709—(1) I. 4. 15, *de interd.*, § 3 initio. — (2) Arg. C. *h. t.*, L. 3.
(3) C. *h. t.*, L. 1. — (4) Arg. C. *h. t.*, L. 3. — (5) C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. *f.*).
(6) I. 4, 15, *de interd.*, § 3 initio.
§ 710 —(1) Cf. C. *h. t.*, L. 3, pr. i. f. (L. 3).

réussir dans cette poursuite, il suffit que le testament soit extérieurement régulier, qu'il ne présente aucun vice apparent[2]. C'est encore un moyen simplement possessoire; le débat y porte sur la possession et non sur le droit d'hérédité[3].

IV. Du cas où il y a plusieurs héritiers.

§ 711. *Règles générales.*

1° Lorsqu'une succession est acquise par plusieurs, elle devient commune entre eux; chacun en acquiert une part indivise proportionnée à sa part héréditaire[1]; c'est l'application la plus importante de la communauté accidentelle, dont la théorie a été exposée ailleurs[2]. Toutefois cette communauté se restreint aux choses corporelles et aux droits réels divisibles. Les droits réels indivisibles appartiennent nécessairement pour le tout à chaque héritier[3] et, déjà en vertu de la loi des Douze tables, les rapports obligatoires, créances ou dettes, se divisent de plein droit entre les héritiers en proportion de leur part héréditaire respective; chacun est pour cette part créancier ou débiteur propre et distinct[4]. Si une succession comprend une créance ou une dette de 10000 as et qu'il y ait deux héritiers chacun pour moitié, chacun est créancier ou débiteur de 5000 as. La communauté entre cohéritiers produit l'action *familiae erciscundae*[5] (§ 712). Mais elle est exclue si le *de cujus* a partagé lui-même ses biens entre ses héritiers[6], ce qu'il peut faire par testament ou par codicille; un ascendant peut même partager sa succession entre ses descendants héritiers ab intestat par un simple écrit privé, signé par lui ou par ses descendants[7]. Alors, chaque héritier acquiert directement les biens que le disposant lui a attribués[8];

§ 710—(2) L. 3, pr. i. f., cit.
(3) Arg. L. 3 cit., § 4 (L. 3 i. f.) Cf. L. 3 cit., pr. i. f., § 1-2 (L. 3).
§ 711—(1) Arg. D. 10, 2, *fam. erciac.*, L. 1, pr. — (2) T. II, § 482.
(3) Cf. ci-dessus T. I, § 225. — (4) C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 6.
(5) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 1, pr. — (6) C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 10.
(7) C. *eod.*, L. 26; Nov. 18, c. 7. — (8) C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 10.

ce partage, comme tout autre, donne lieu à la garantie du chef d'éviction[9] ou des vices.

2° Un autre effet du concours de plusieurs héritiers est l'obligation du rapport[10] (§ 713).

Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt (C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 6).

§ 712. *De l'action familiae erciscundae.*

D. 10, 2, et C. 3, 36, *familiae erciscundae.*

L'action *familiae erciscundae* est soumise à la théorie générale des actions naissant d'une communauté accidentelle[1]. Il suffira d'ajouter les observations suivantes :

1° L'action *familiae erciscundae* appartient à l'héritier direct ou fidéicommissaire[2], et utilement à l'acheteur d'une hérédité[3]. Mais elle suppose que le défendeur reconnaît au demandeur la qualité d'héritier ; s'il la conteste, il peut lui opposer l'exception préjudicielle '*quod praejudicium hereditati non fiat*' (c'est-à-dire la question du droit d'hérédité ne doit pas être préjugée par l'action *familiae erciscundae*) et le forcer ainsi à exercer au préalable la pétition d'hérédité. En effet, il est de principe qu'un jugement à intervenir dans une question litigieuse ne peut préjuger une question plus importante et, dans l'espèce, la question du droit d'hérédité est plus importante que celle du partage de la succession[4].

2° L'action *familiae erciscundae* se donne contre le cohéritier direct ou fidéicommissaire du demandeur[5], n'eût-il pas la posses-

(9) D. 31, *de leg.* 2°, L. 77, § 8. — (10) C. 6, 20, *de collat.*, L. 17, L. 20.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 482, 4°. — (2) D. *h. t.*, L. 24, § 1.

(3) Arg. D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 54, pr., cbn. avec D. 2, 14, *de pact.*, L. 16, pr., v[is] rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas.

(4) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio, voyez cependant § 1 i. f. — (5) D. *h. t.*, L. 24, § 1.

sion des biens héréditaires (6), et utilement contre l'acheteur de l'hérédité (7).

3° L'action *familiae erciscundae* ayant pour base la communauté entre cohéritiers ne peut plus être exercée après le partage de la succession, quant à des biens héréditaires non compris dans le partage; l'action *communi dividundo* doit être exercée à cette fin (8).

Quae quidem actio (*scil. familiae erciscundae*) nihilo minus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet : sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem ' si in ea re, qua de agitur, praejudi-' cium hereditati non fiat ' (D. *h. t.*, L. 1, § 1).

§ 713. *Du rapport.*

D. 37, 6, *de collatione bonorum*. — C. 6, 20, *de collationibus*.

FEIN, *Das Recht der Collation*, Heidelberg, 1842.
LEIST, *Continuation de Glück*, Série des livres 37 et 38 des Pandectes III, p. 201-494, Erlangen, 1875.

Le préteur avait imposé le rapport (*collatio*) à l'enfant émancipé et à la fille *sua* dotée par son père de famille. L'enfant émancipé arrivant à la *bonorum possessio intestati vel contra tabulas* conjointement avec les enfants sous puissance devait rapporter à la succession paternelle tous les biens qui, sans son émancipation, fussent tombés dans le patrimoine du père (1) ; à défaut de cette obligation, il aurait acquis ces biens pour son compte exclusif, tandis que les enfants restés sous puissance avaient fait les acquisitions de même nature pour compte de la succession paternelle; le rapport rétablissait l'égalité. La fille *sua* dotée par son père de famille était tenue de rapporter sa dot pour un autre motif (2) ; le

(6) D. *h. t.*, L. 25, § 2.
(7) Arg. D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 13, § 4.
(8) D. *h. t.*, L. 20, § 4. Cf. C. *h. t.*, L. 18, § 1.
(1) D. *h. t.*, L. 1, pr. — (2) C. *h. t.*, L. 4.

père était censé avoir fourni la dot comme une simple avance sur la part héréditaire. Le premier rapport a disparu dans le droit de Justinien; il est devenu sans objet, puisque les enfants sous puissance acquièrent pleinement pour eux-mêmes(3). Le second au contraire s'est développé sous le Bas-Empire dans le sens indiqué ci-après.

I. Est soumis à l'obligation du rapport tout descendant successible ab intestat, soit qu'il arrive effectivement à l'hérédité légitime(4) ou à l'hérédité testamentaire(5); les autres héritiers ne sont pas obligés de rapporter(6).

II. Les mêmes descendants peuvent exiger le rapport(7); mais celui-ci n'est pas dû à d'autres héritiers(8), ni aux créanciers héréditaires, ni aux légataires(8).

III. Sont sujets à rapport, d'abord de plein droit à raison de leur importance la dot, la contre-dot et le don destiné à l'achat d'un emploi(9), ensuite les autres donations entre vifs si elles ont été faites à charge de rapport(10) ou bien si un cohéritier doit rapporter une dot ou une contre-dot(11). Les petits-enfants doivent rapporter ces libéralités, peu importe qu'elles aient été faites à eux-mêmes ou à leur père ou mère prédécédée(12). Conformément aux principes généraux, le descendant n'est pas tenu de la perte ou de la détérioration accidentelle des choses reçues(13); il profite d'ailleurs des fruits et des intérêts(14). Les legs ne doivent pas être rapportés(15); le testateur est censé avoir voulu qu'ils fussent recueillis par préciput.

IV. Le rapport se fait en nature, par la restitution effective des choses reçues, ou en moins prenant, c'est-à-dire par l'imputation de leur valeur sur la part du successible soumis au rapport(16). Le descendant a le choix entre ces deux modes de rapport. Il peut

(3) Voyez cependant C. *h. t.*, L. 17 i. f. — (4) L. 17 cit. — (5) Nov. 18, c. 6.
(6) Arg. C. *h. t.*, L. 17. — (7) L. 17 cit. — (8) Arg. L. 17 cit.
(9) C. *h. t.*, L. 20, pr. et § 1 (pr. initio), cbn. avec C. 3. 28, *de inoff. testam.*, L. 29, L. 30, § 2-3 (§ 2). — (10) C. *h. t.*, L. 20, § 3 i. f. (§ 1 i. f.).
(11) L. 20 cit., § 3 (§ 1). — (12) C. *h. t.*, L. 19, cbn. avec Nov. 118, c. 4.
(13) C. *h. t.*, L. 2, § 2. — (14) D. 37, 7, *de dot. collat.*, L. 5, § 1.
(15) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 19. — (16) Nov. 97, c. 6, pr. initio.

rapporter en nature(17), puisqu'il renonce ainsi à la libéralité; mais il peut également faire le rapport en moins prenant(18), car il a droit à la chose elle-même sur le fondement de la donation(19). L'obligation du rapport peut être poursuivie par l'action *familiae erciscundae*(20).

V. Le rapport est exclu : 1° Si le descendant donataire renonce à la libéralité(21); en effet, le rapport n'a d'autre but que d'empêcher le descendant de cumuler une donation entre vifs et sa part héréditaire.

2° Si la donation a été faite avec dispense de rapport(22). Le rapport se fonde simplement sur la volonté présumée du *de cujus* et dès lors il doit être exclu si le *de cujus* a manifesté une volonté contraire.

Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum plana sanctione revelamus, ut omnia, quae in quarta portione ab intestato successionis(23) computantur his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur, etiam si intestatus is decesserit, ad cujus hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant (C. *h. t.*, L. 20, pr.).

De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris(24) perierunt, quaeritur, ad cujus detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere (D. *h. t.*, L. 2, § 2).

Ex causa donationis vel aliunde tibi quaesita, si avi successionem respueris, conferre fratribus compelli non potes (C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 25).

(17) D. *h. t.*, L. 1, § 11 initio. — (18) L. 1 cit., § 12 initio. — (19) Cf. L. 1 cit., § 11.

(20) D. 37, 7, *de dot. collat.*, L. 1, pr. Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 10, L. 2, § 8, L. 3, pr. Voyez Maynz, III, § 406 et note 19, et Rivier, cité, § 54, 1° i. f.

(21) C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 25. — (22) Nov. 18, c. 6. — (23) La légitime.

(24) La règle énoncée dans le texte s'applique *a fortiori* à la perte survenue du vivant du *de cujus*.

CHAPITRE IV. — DE LA PERTE DE L'HÉRÉDITÉ.

§ 714. *Aperçu.*

On perd une hérédité par la vente, par l'indignité(1), par la rescision du testament à la demande d'un successible qui n'a pas reçu sa légitime ou n'a pas été institué conformément à la Novelle 115(2), etc. Il reste seulement à examiner ici la vente de l'hérédité.

§ 715. *De la vente de l'hérédité.*

D. 18, 4, et C. 4, 39, *de hereditate vel actione vendita.*

AVENARIUS, *Der Erbschaftskauf im römischen Recht*, Leipzig, 1877.

On peut vendre des biens héréditaires de trois manières différentes. On peut les vendre comme biens déterminés; c'est une vente ordinaire; le successible vend valablement un bien déterminé du *de cujus* encore en vie, de la même façon que toute autre chose appartenant à autrui. On peut aussi vendre l'hérédité comme un ensemble de droit ou vendre de simples prétentions héréditaires. Les deux dernières ventes donnent lieu à des observations spéciales; nous les réunirons dans le même exposé.

I. *Conditions.* La validité de la vente d'une hérédité est subordonnée au décès du *de cujus;* la vente de la succession d'une personne encore vivante est nulle comme immorale (1); elle contient une spéculation sur le décès de cette personne. Elle ne devient valable que si le *de cujus* y consent et persévère dans son consentement jusqu'au décès(2).

II. *Effets.* Vis-à-vis du vendeur l'acheteur a droit à tous les avantages de la succession et doit en supporter tous les désavantages(3). Par application de ce principe :

1° Le vendeur doit procurer à l'acheteur les biens héréditaires conservés en nature(4) et les équivalents de pareils biens tels que

§ 714—(1) Cf. ci-dessus T. II, § 649. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 682-690.

§ 715—(1) C. 2, 3, *de pact.*, L. 30, § 2 et 3 initio (L. 30).

(2) L. 30 cit., § 3 i. f. (L. 30). Voyez encore GAIUS, II, 35-36.

(3) D. *h. t.*, L. 2, § 9. — (4) D. *h. t.*, L. 14, § 1; C. *h. t.*, L. 5.

le prix de vente de choses héréditaires[5], les choses acquises à l'aide des deniers de la succession[6] et le montant des créances héréditaires touchées[7]. En ce qui concerne la garantie du chef d'éviction, une distinction est nécessaire. Le vendeur répond de l'éviction qui frappe l'hérédité entière ou une quote-part héréditaire, car la vente porte sur la succession ou sur une quote-part de celle-ci et dès lors le vendeur doit garantir sa qualité d'héritier dans les limites de la vente[8]. La règle cesse s'il a vendu de simples prétentions héréditaires; la vente d'une prétention exclut naturellement la garantie d'un droit[9], sauf le cas de dol[10]. Mais, en principe, le vendeur ne répond pas de l'éviction qui frappe des biens déterminés de la succession; en effet, la vente ne porte pas sur ces biens et, malgré l'éviction, l'acheteur jouit de tous les avantages de la succession, comme l'héritier lui-même en eût joui sans la vente[11]. Ici encore le dol du vendeur fait exception; le vendeur qui, sachant que certains biens matériellement compris dans la succession n'appartenaient pas au *de cujus*, n'en a pas informé l'acheteur, répond de sa fraude[12].

2° A l'égard du vendeur l'acheteur supporte les dettes de la succession et les legs[13]. Mais, comme les contrats n'ont d'effet qu'entre parties, les créanciers de la succession et les légataires n'ont pas d'action contre l'acheteur[14]. Ils doivent s'en tenir au vendeur[15]; celui-ci est devenu leur débiteur par suite de l'acquisition de l'hérédité et il ne peut se dégager de ses obligations par un contrat auquel ses créanciers sont demeurés étrangers. Il doit donc les payer, sauf son recours contre l'acheteur[15].

3° Lorsque l'héritier était créancier ou débiteur du *de cujus*, sa créance[16] ou sa dette[17] subsiste vis-à-vis de l'acheteur. S'il perdait sa créance, il subirait une perte du chef de l'acquisition de l'hérédité; s'il était libéré de sa dette, il retirerait un avantage de

(5) D. *h. t.*, L. 2, § 3 initio. — (6) Arg. du même texte. — (7) Même texte.
(8) D. *h. t.*, L. 7. — (9) D. *h. t.*, L. 10, L. 11. — (10) D. *h. t.*, L. 12.
(11) D. *h. t.*, L. 2, pr. — (12) Arg. D. *h. t.*, L. 2, pr. i. f., et L. 12.
(13) C. *h. t.*, L. 2 initio. — (14) L. 2 i. f., cit. — (15) L. 2 initio, cit.
(16) D. *h. t.*, L. 2, § 18. — (17) D. *h. t.*, L. 20, § 1 cbn. avec le pr.

la succession; or tous les avantages ou désavantages de l'hérédité doivent être pour l'acheteur (18).

4° La pétition d'hérédité et l'action *familiae erciscundae* se donnent utilement à l'acheteur de la succession ou contre lui (19).

A raison de l'importance de la vente d'une hérédité, les parties avaient l'habitude de faire des stipulations réciproques relatives à leurs droits respectifs (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*) (20).

Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere (D. *h. t.*, L. 2, § 9).

Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio : nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res : quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur (D. *h. t.*, L. 7).

Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine... Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest (C. *h. t.*, L. 2).

Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit : sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis (D. *h. t.*, L. 2, § 18).

(18) Cf. ci-dessus T. II, § 519, 1° initio.
(19) Cf. ci-dessus T. II, § 706, 1° et 2° initio, § 712, 1° initio et 2°.
(20) Gaius, II, 252.

TITRE II.

DES LEGS.

I. 2, 20, *de legatis*.
D. 30, *de legatis et fideicommissis*. D. 31, *de legatis et fideicommissis*.
D. 32, *de legatis et fideicommissis*.
C. 6, 37, *de legatis*.

ARNDTS, *Continuation de Glück*, T. 46 à 48, Erlangen, 1868-1878.
SALKOWSKI, Même continuation, T. 49, Erlangen, 1889.

CHAPITRE I. — DES LEGS EN GÉNÉRAL.

§ 716. *Principes fondamentaux*.

Le legs (*legatum*), dans le sens large du mot, est une disposition de dernière volonté par laquelle on charge quelqu'un d'une libéralité au profit d'une autre personne (1). Il suppose une libéralité en faveur du légataire et une charge imposée à la personne grevée du legs; nous appellerons cette personne le grevé (2). C'est par le second caractère que le legs se sépare de l'institution d'héritier. Celle-ci crée une succession directe vis-à-vis du *de cujus;* entre le disposant et l'héritier testamentaire il n'existe aucun intermédiaire (3). Le legs est une succession indirecte; entre le disposant et le légataire se place le grevé, qui est chargé de l'exécution de la libéralité (4). De là les conséquences suivantes :

1° Le legs dépend de l'acquisition de l'hérédité par le grevé;

(1) Cf. D. 30, *de leg.* 1°, L. 116, pr. — (2) RIVIER, cité, § 57.
(3) Cf. ci-dessus T. II, § 644, 2°. — (4) Cf. I. 2, 24, *de sing. reb. per fideic. rel.*, pr.

lorsqu'il est imposé à l'héritier testamentaire ou légitime et que celui-ci fait défaut, le legs lui-même s'évanouit; il n'est pas dû par les héritiers subséquents (5); il disparaît avec l'intermédiaire par lequel il devait recevoir son exécution.

2° A la différence de l'héritier (6), le légataire n'a pas un droit éventuel à la succession entière; il est toujours réduit à la chose qui lui a été léguée. Si un autre légataire fait défaut, son legs profite au grevé (7). Un testateur institue Primus héritier et lègue un quart de ses biens à Secundus et un autre quart à Tertius; si ce dernier fait défaut, Primus recueillera les trois quarts et Secundus un quart de la succession. Le legs étant une charge imposée par le testateur au grevé se renferme naturellement dans les limites de cette charge.

Legatum est delibatio hereditatis (8), qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit (D. 30, *de leg.* 1°, L. 116, pr.).

Illud certe indubitate dicitur, si quis intestatus decedens ab eo (9), qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, eum fideicommissum non debere : et ita imperator noster rescripsit (D. 32, *de leg.* 3°, L. 1, § 9).

§ 717. *Divisions des legs.*

On distingue d'abord des legs proprement dits et des fidéicommis (1), ensuite des legs universels ayant pour objet toute la succession ou une quote-part héréditaire (2) et des legs particuliers portant sur des choses déterminées (3). La première division sera expliquée dans les § 718-719. Mais nous limiterons ici notre

(5) D. 31, *de leg.* 2°, L. 81; D. 32, *de leg.* 3°, L. 1, § 9.
(6) Cf. ci-dessus T. II, § 696. — (7) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 3-4.
(8) Une diminution de l'hérédité. — (9) A charge de celui....
(1) ULPIEN, XXIV, 1, et XXV, 1. — (2) I. 2, 23, *de fideic. heredit.*
(3) I. 2, 24, *de sing. reb. per fideic. rel.*

examen aux legs particuliers ; la théorie des legs universels trouvera mieux sa place à la fin de la matière des legs (§ 745-746).

§ 718. *Historique des legs proprement dits.*

I. L'ancien droit romain connaissait quatre sortes de legs proprement dits (1) ayant chacune ses formules propres, à savoir le legs *per vindicationem* (*Titio domum meam do lego — Titius domum meam capito* (2)), le legs *per praeceptionem* (*Titius domum meam praecipito* (3)), le legs *per damnationem* (*heres meus damnas esto domum meam Titio dare* (4)) et le legs *sinendi modo* (*heres meus damnas esto Titium domum meam sumere sibique habere* (5)). Mais, indépendamment de la diversité des formules, il existait entre ces legs une différence de nature résultant de la formule. Les legs *per vindicationem* et *per praeceptionem* étaient des legs de droits réels ; en donnant directement une chose au légataire, sans imposer à l'héritier l'obligation expresse de la lui remettre, le testateur manifestait l'intention de procurer directement un droit réel au légataire. Par contre, les legs *per damnationem* et *sinendi modo* étaient des legs d'obligation ; en condamnant l'héritier à exécuter la libéralité, le testateur voulait simplement créer une obligation à charge de l'héritier. De là les règles suivantes :

1° On ne pouvait léguer *per vindicationem* ou *per praeceptionem* que les choses dont on était propriétaire lors de la confection du legs et au décès. Toutefois, lorsque le legs avait pour objet une masse déterminée de choses fongibles, par exemple l'argent comptant de la succession, il suffisait que le testateur fût propriétaire à son décès (6) ; s'il avait fallu en outre la propriété au moment de la confection du legs, celui-ci aurait été régulièrement nul, car on ne conserve guère des choses fongibles dans son patrimoine depuis le jour du legs jusqu'au décès. D'autre part, les legs *per vindicationem* et *per praeceptionem* procuraient *ipso jure* au léga-

(1) Gaius, II, 192. — (2) Gaius, II, 193. — (3) Gaius, II, 216.
(4) Gaius, II, 201. — (5) Gaius, II, 209. — (6) Gaius, II, 196 et 220 initio.

taire le droit réel qui faisait l'objet de la libéralité (7); l'héritier n'avait pas besoin de le constituer et par conséquent le légataire disposait d'une action réelle contre une personne quelconque (8). Ainsi s'explique le nom de legs *per vindicationem*.

2° *Per dammationem* ou *sinendi modo* on pouvait léguer la chose d'autrui (9), dans les limites qui seront indiquées ci-après (10). Toutefois, s'ils s'agissait du legs *sinendi modo*, il fallait que la chose léguée appartînt au moins à l'héritier (11); car, en ordonnant à l'héritier de laisser prendre la chose par le légataire, le testateur supposait que l'héritier avait la chose par devers lui. Mais le légataire *per damnationem* ou *sinendi modo* n'acquérait pas de plein droit la propriété de la chose léguée (12), alors même que celle-ci appartenait au testateur. Il n'avait qu'un droit de créance et une action personnelle contre l'héritier, pour exiger le transfert de la propriété par mancipation, cession judiciaire ou tradition (13).

Les Sabiniens admettaient encore une différence entre le legs *per vindicationem* et le legs *per praeceptionem*. S'en tenant à la lettre de ce dernier legs (*praecipito*), ils enseignaient qu'il était nul s'il était fait à un non-héritier (14). Mais les Proculéiens le maintenaient malgré l'inexactitude de l'expression *praecipito*, comme si le testateur avait dit *capito* (15), et leur opinion prévalut (16).

II. Ces quatre espèces de legs finirent par se confondre.

1° Le sénatus-consulte Néronien disposa que les legs *per vindicationem*, *per praeceptionem* ou *sinendi modo* qui étaient nuls en cette forme, seraient maintenus comme legs *per damnationem*, s'ils réunissaient les conditions matérielles de cette dernière libéralité (17). Ainsi le legs *per vindicationem* de la chose d'autrui était désormais valable comme legs *per damnationem* (18).

(7) Gaius, II, 194 initio; Paul, III, 6, § 17 i. f.
(8) Gaius, II, 194 i. f. et 222 initio. — (9) Gaius, II, 202 et 210. — (10) § 724.
(11) Gaius, II, 210. — (12) Gaius, II, 204 initio et 213 initio.
(13) Gaius, II, 204, v^is Et ideo......... sufficit si tradiderit, et 213.
(14) Gaius, II, 217. — (15) Gaius, II, 221 initio. — (16) Gaius, II, 221 i. f.
(17) Ulpien, XXIV, 11^a i. f. — (18) Ulpien, XXIV, 11^a initio.

2° L'empereur Constance affranchit les quatre sortes de legs de la solennité des termes[19].

Enfin 3° Justinien décida que tous les legs, quels que fussent les termes employés par le testateur, produiraient directement un droit réel, si le legs se rapportait à un corps certain se trouvant dans le patrimoine du testateur, et que, dans tous les cas, le légataire aurait un droit de créance contre l'héritier[20].

Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque qui eam possidet petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex jure Quiritium esse (GAIUS, II, 194).

Quod autem ita (*scil. per damnationem*) legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est. Et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere (GAIUS, II, 204).

§ 719. *Historique des fidéicommis.*

I. Les fidéicommis apparurent à Rome vers la fin de la république. Dans le principe, ils n'étaient pas obligatoires; le fidéicommissaire ne disposait d'aucune action pour en poursuivre l'exécution forcée, alors même qu'il était capable de recevoir par testament; tout dépendait donc de la loyauté du grevé; de là dérive précisément le nom de fidéicommis; *testator fidei heredis committebat*[1]; le gratifié s'appelait *fideicommissarius* et le grevé *fiduciarius*. Mais, dès le règne d'Auguste, on commença à reconnaître les fidéicommis faits à des personnes capables; dans plusieurs cas particuliers, Auguste ordonna aux consuls de faire exécuter des fidéicommis pour lesquels on avait réclamé son intervention et bientôt la force obligatoire des fidéicommis fut admise d'une

(19) C. *h. t.*, L. 21. — (20) I. *h. t.*, § 2 i. f. Cf. ci-après § 734, I, 1°.

(1) I. 2, 23, *de fideic. heredit.*, § 1 initio.

manière générale[2]. — Les fidéicommis faits à des incapables continuèrent à être dépourvus d'action. Toutefois, on ne les considérait pas comme caducs, on ne leur appliquait pas les règles d'après lesquelles les libéralités testamentaires caduques profitaient aux *patres* et à l'État[3]; les grevés restaient donc libres de les exécuter et souvent de fait ils produisaient leurs effets; aussi les testateurs avaient-ils l'habitude de recourir aux fidéicommis pour éluder les incapacités de recevoir par testament[4]. Mais, dès le commencement du second siècle de l'ère chrétienne, on étendit généralement aux fidéicommis les incapacités de recevoir par testament et les fidéicommis laissés à des incapables furent réputés caducs[5]. — De nombreuses différences n'en continuèrent pas moins de séparer les fidéicommis des legs; les fidéicommis étaient des legs du droit des gens; ils étaient affranchis des règles positives du droit civil[6]. Ainsi :

1° Le legs devait être imposé à un héritier testamentaire[7]; le fidéicommis pouvait l'être à toute personne qui recueillait quelque chose en vertu de la volonté du testateur[8].

2° Le legs devait être fait par testament ou par codicille testamentaire confirmé[9], après l'institution d'héritier[10] et en termes solennels[11]; ces termes étaient impératifs, ils contenaient un ordre pour l'héritier[12]. — Le fidéicommis pouvait être fait par testament ou par un codicille quelconque[13]; or le codicille du droit classique était un acte purement privé[14]. Le testateur était libre de faire le fidéicommis après ou avant l'institution d'héritier[15] et dans les termes qu'il jugeait convenables; ces termes, au lieu d'être impératifs, consistaient en une prière[16], qui était le signe caractéristique du fidéicommis[17].

(2) § 1 i. f., cit. — (3) Gaius, II, 285 initio, 286 et 286ª initio. Cf. ci-après § 730, II.
(4) I. 2, 23, *de fideic. heredit.*, § 1 i. f.
(5) Gaius, II, 285 i. f. et 286ª i. f., cf. 275. — (6) I. *h. t.*, § 3 initio.
(7) Ulpien, XXIV, 20-21. — (8) Gaius, II, 270 et 271.
(9) Gaius, II, 270ª initio. — (10) I. *h. t.*, § 34 initio. — (11) I. *h. t.*, § 2 initio.
(12) Ulpien, XXIV, 1 initio. — (13) Gaius, II, 270ª i. f.
(14) Cf. ci-après § 725. — (15) Ulpien, XXV, 8. — (16) Ulpien, XXV, 1-2.
(17) Ulpien, XXIV, 1.

3° Selon la formule employée, le legs produisait directement un droit réel ou une simple obligation (18); celle-ci était de droit strict (19) et le procès était renvoyé devant un juge (20). Le fidéicommis ne créait jamais qu'une obligation (21); celle-ci était de bonne foi (22) et l'on en poursuivait l'exécution par une *cognitio extraordinaria* (23).

II. Déjà avant Justinien ces différences s'étaient affaiblies. Le sénatus-consulte Néronien et la loi de l'empereur Constance avaient tempéré la rigueur des legs (24) et, sous le Bas-Empire, le codicille était devenu un acte solennel (25). Justinien assimila entièrement entre eux les legs et les fidéicommis; il les soumit à une théorie identique, qu'il composa des règles les plus libres et les plus favorables des anciens legs ou des anciens fidéicommis (26). Ainsi prévalurent généralement les principes des fidéicommis (27).

Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat :.. et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem (I. 2, 23, *de fideic. heredit.*, § 1).

Cum.. antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem : necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut

(18) Cf. ci-dessus § 718, I. — (19) Arg. GAIUS, II, 280.
(20) GAIUS, II, 278 initio. — (21) PAUL, IV, 1, § 18. — (22) Arg. GAIUS, II, 280.
(23) GAIUS, II, 278. — (24) Cf. ci-dessus § 718, II, 1° et 2°.
(25) Cf. ci-après § 725. — (26) I. *h. t.*, § 3 initio; D. 30, *de leg.*, 1°, L. 1.
(27) Voyez cependant ci-après § 734, I, 1°.

nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura (I. *h. t.*, § 3). Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis (D. 30, *de leg.* 1°, L. 1).

§ 720. *De l'ouverture du legs.*

D. 36, 2, *quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.*
C. 6, 53, *quando dies legati vel fideicommissi cedit.*

I. Le legs est ouvert, *dies legati cedit*, lorsque le légataire y est appelé de manière à pouvoir l'accepter et à transmettre ce droit à ses héritiers. L'ouverture du legs a donc pour effet de permettre au légataire d'accepter la libéralité qui lui a été faite (1) et, à son décès, il transmet ce droit à ses héritiers; s'il décède avant l'ouverture du legs, celui-ci est infirmé (2).

II. En général le legs s'ouvre au décès du testateur (3), car c'est alors seulement qu'il devient définitif. Un sénatus-consulte complétant la loi *Julia et Papia Poppaea* avait reculé l'ouverture du legs jusqu'à l'ouverture du testament (4); de cette façon, si le légataire décédait après le disposant mais avant l'ouverture du testament, le legs était caduc (5) et, à défaut d'institués et de légataires *patres*, il profitait à l'État (6); c'était une mesure fiscale. Justinien l'abrogea et fit remonter l'ouverture du legs au décès du testateur (7). Par dérogation à cette règle :

1° Le legs conditionnel s'ouvre seulement après le décès du testateur et l'accomplissement de la condition (8); par conséquent, si au décès du disposant la condition est encore en suspens, l'ouverture du legs n'a lieu qu'après l'accomplissement de la condition. La raison en est que la condition suspend l'existence du

(1) Voyez en ce sens WINDSCHEID, III, § 643 et note 4.

(2) ULPIEN, XXIV, 30. Sur la signification générale du *dies legati cedens* voyez WINDSCHEID, III, § 642 et note 4, RIVIER, cité, § 71, 1°, 2° initio et 4, et MAYNZ, III, § 420, A initio. — (3) ULPIEN, XXIV, 31 initio. — (4) ULPIEN, XXIV, 31.

(5) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 1ᵉ initio (§ 1 initio). — (6) Cf. ci-après § 730, II.

(7) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 1ᵉ i. f. (§ 1 i. f.). — (8) ULPIEN, XXIV, 31 i. f.

droit au legs ; dès lors, tant qu'elle est en suspens, le légataire ne saurait être appelé à la libéralité. Ce motif ne s'applique pas au terme, qui retarde simplement l'exigibilité du legs, et partant le legs à terme s'ouvre dès la mort du testateur (9). Mais un *dies certus an*, *incertus quando** (10) vaut ici comme condition (11); le legs est censé fait sous la condition que le légataire sera encore en vie à l'expiration du terme et partant il s'ouvre seulement à ce moment (12); on admet que telle a été la volonté du disposant (13).

2° Le legs d'une servitude personnelle ne s'ouvre que lors de son acquisition (14); comme les servitudes personnelles ne se transmettent pas aux héritiers, on n'avait guère d'intérêt à séparer les deux notions.

Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, nisi si jam die legatorum cedente legatarius decesserit (ULPIEN, XXIV, 30).

Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit.. ex mortis testatoris tempore,.. eorum vero, quae sub condicione relicta sunt, cum condicio extiterit (ULPIEN, XXIV, 31).

Si ' cum heres morietur ' legetur, condicionale legatum est : denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert (D. *h. t.*, L. 4).

§ 721. *De l'acquisition du legs.*

1° L'ouverture du legs ne fait pas entrer le droit légué dans le patrimoine du légataire ; celui-ci n'est donc pas propriétaire ou créancier par le seul effet du décès du testateur ; il ne le devient que par l'acquisition du legs, au *dies legati veniens* (1). En général cette acquisition a lieu en même temps que celle de l'hérédité (2);

(9) ULPIEN, XXIV, 31 initio. — (10) Cf. ci-dessus T. I, § 79, I, 1° i. f.
(11) D. 35, 1, *de condic.*, L. 75. — (12) D. *h. t.*, L. 4 initio.
(13) Cf. MAYNZ, III, § 418 i. f. — (14) D. *h. t.*, L. 2.
(1) Voyez WINDSCHEID, II, § 642 et note 4, RIVIER, cité, § 71, 1° et 3° initio, et MAYNZ, III, § 420, A initio, et 421 initio. — (2) D. 31, *de leg.* 2°, L. 32, pr.

elle n'aurait pu se faire plus tôt; tant que l'héritier n'a pas acquis l'hérédité, il peut la répudier et en répudiant amener l'infirmation du legs; le sort de celui-ci reste donc incertain (3). Toutefois, les legs conditionnels ou à terme ne s'acquièrent qu'après l'accomplissement de la condition (4) ou l'expiration du terme (5); donc si, lors de l'acquisition de l'hérédité, la condition est encore en suspens ou le terme non expiré, l'acquisition du legs n'a lieu qu'après l'accomplissement de la condition ou l'expiration du terme. Le terme suit ici la condition; on admet que par le legs à terme le testateur n'a voulu procurer le droit légué qu'après l'arrivée du terme (6).

2° Aux époques indiquées le legs est acquis de plein droit au légataire, indépendamment d'un acte d'acceptation. Les Proculéiens soutenaient la nécessité d'une acceptation (7); mais la législation de Justinien sanctionna l'opinion contraire des Sabiniens (8). Il s'ensuit que si quelqu'un lègue purement et simplement un corps certain se trouvant dans son patrimoine, ce corps certain devient lors de l'acquisition de l'hérédité propriété du légataire, sans avoir jamais appartenu à l'héritier (9). Mais il va de soi que le légataire peut répudier le legs et, s'il le répudie, il est censé ne l'avoir jamais acquis (10).

Omnia quae testamentis sine die vel condicione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestentur (D. 31, *de leg.* 2°, L. 32, pr.).

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis (11) res singulas. Quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via domi-

(3) Cf. ci-dessus T. II, § 716, 1°. — (4) D. *h. t.*, L. 21, pr., v^is at si incerta.........

(5) L. 21, pr., cit., v^is adjecta quamvis longa......... non potest.

(6) Cf. D. 7, 9, *usufr. quemadm. cav.*, L. 9, § 2, et D. 36, 3, *ut legat.*, L. 9. Voyez Windscheid, III, § 642 et note 6. — (7) Gaius, II, 195.

(8) D. 28, 1, *qui testam. fac. poss.*, L. 16, § 1; D. 31, *de leg.* 2°, L. 77, § 3.

(9) D. 31, *de leg.* 2°, L. 80. — (10) D. 30, *de leg.* 1°, L. 44, § 1 i. f.

(11) Sous-entendez 'facit'.

nium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat numquam factum heredis (D. *eod.*, L. 80).

Si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis (D. 30, *de leg.* 1°, L. 44, § 1).

CHAPITRE II. — DES CONDITIONS DES LEGS.

§ 722. *Aperçu.*

Le legs exige pour sa validité les conditions suivantes :

1° Le disposant doit être capable de faire un testament (*testamenti factio activa**)[1]; sa capacité de droit est requise lors de la confection du legs et à son décès, sa capacité de fait ne l'est qu'au premier moment[2].

2° Le légataire doit avoir la capacité d'être institué héritier (*testamenti factio passiva**)[3], lors de la confection du legs et d'une façon continue depuis l'ouverture jusqu'à l'acquisition du legs[4].

3° Le legs doit être imposé à une personne qui puisse en être chargée (§ 723).

4° Il doit avoir pour objet une chose susceptible d'être léguée (§ 724).

et 5° Il faut un testament ou un codicille (§ 725-726). Mais on peut léguer en termes quelconques[5], par écrit ou de vive voix et même par simple geste[6], après ou avant l'institution d'héritier[7]. Anciennement la condition résolutoire et le terme résolutoire ajoutés à un legs étaient réputés non écrits[8]. Le legs lui-même était nul s'il était fait soit '*post mortem heredis vel legatarii*'[9], soit à titre de peine pour l'héritier, *poenae nomine*,

(1) D. 30, *de leg.* 1°, L. 2; D. 32, *de leg.* 3°, L. 1, § 2. Cf. ci-dessus T. II, § 655.

(2) Cf. ci-dessus T. II, § 656. — (3) I. *h. t.*, § 24. Cf. ci-dessus T. II, § 647.

(4) D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 60 (59), § 4 i. f. cbn. avec l'initium. Cf. ci-dessus T. II, § 648. Voyez en ce sens Windscheid, III, § 625, note 1 i. f.

(5) C. *h. t.*, L. 21. — (6) C. 6, 42, *de fideic.*, L. 22. — (7) I. *h. t.*, § 34 i. f.

(8) D. 30, *de leg.* 1°, L. 55. Voyez Rivier, cité, § 60, 2°.

(9) I. *h. t*, § 35 initio.

c'est-à-dire dans le but de le forcer indirectement à faire quelque chose, par exemple un testament portait ' si mon héritier ne donne pas sa fille en mariage à Titius, il payera 1000 as à ce dernier '; une pareille disposition était considérée comme n'étant pas dictée par un vrai esprit de libéralité[10]. Justinien abolit toutes ces restrictions et attribua à la volonté du testateur une efficacité pleine et entière[11]. Pour le surplus, on suit les règles relatives à l'institution d'héritier[12]. La violence physique et la simulation rendent toujours le legs inexistant; il en est de même de l'erreur, du dol et de la violence morale, s'ils ont été la cause déterminante du legs[13]. Celui-ci s'interprète largement[14]. Les conditions impossibles, illicites ou immorales sont réputées non écrites[15]; ici également il peut y avoir lieu à la caution Mucienne[16]. Enfin les maximes *falsa causa non nocet*[17] et *falsa demonstratio non nocet*[18] sont applicables dans le même sens.

A défaut de testament et de codicille, il n'y a pas de legs ou du moins le soi-disant légataire peut seulement déférer le serment au grevé sur le point de savoir si le *de cujus* lui a imposé le legs; le grevé qui refuse le serment, est tenu de payer le legs[19]. Cette libéralité est connue sous les dénominations impropres de *fideicommissum heredi praesenti injunctum** ou de fidéicommis oral.

Sciendum est eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent (D. 30, *de leg.* 1°, L. 2).

Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est (I. *h. t.*, § 24).

Et in epistula vel brevi libello vel sine scriptura, immo etiam

(10) I. *h. t.*, § 36 initio. — (11) C. *h. t.*, L. 26; I. *h. t.*, § 35 i. f. et 36 i. f.
(12) Cf. ci-dessus T. II, § 661, 2°-3°, 662, 1°-2°, et 663.
(13) C. 6, 34, *si quis aliq. test. prohib. v. coeg.*, L. 1.
(14) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 12.
(15) I. 2, 14, *de hered. instit.*, § 10; D. 28, 7, *de condic. instit.*, L. 14.
(16) D. 35, 1, *de condic.*, L. 7, pr., L. 73 initio. — (17) I. *h. t.*, § 31.
(18) I. *h. t.*, § 30. — (19) I. 2, 23, *de fideic. heredit.*, § 12.

nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus[20] nulla dubitatio est (C. 6, 42, *de fideic.*, L. 22).

SECTION I. — DU GREVÉ; § 723.

1° On peut imposer un legs à toute personne qui recueille quelque chose en vertu de la volonté du testateur[1], donc aussi à un héritier ab intestat[2], car celui-ci arrive à l'hérédité conformément à la volonté présumée du *de cujus;* il aurait pu en être exclu par une exhérédation[3]. Telle était la règle suivie dans les anciens fidéicommis et, depuis l'assimilation des legs et des fidéicommis, elle doit être généralisée comme étant la plus favorable. Mais un héritier légitimaire qui ne reçoit que sa légitime, ne peut être chargé d'un legs[4]; il tient sa réserve exclusivement de la loi et non de la volonté du *de cujus;* il n'était pas au pouvoir de ce dernier de l'en dépouiller.

2° Une personne qui recueille quelque chose en vertu de la volonté du testateur, ne peut être chargée de legs au delà de ce qu'elle reçoit[5]; en effet, pour cet excédent, le legs est imposé à quelqu'un qui ne recueille rien. Toutefois l'héritier qui ne fait pas inventaire, est tenu des legs d'une manière absolue[6]; il n'a pas qualité pour objecter l'insuffisance de la succession, puisque, faute d'inventaire, le montant véritable de l'hérédité est réputé inconnu. Par contre, si l'héritier use du bénéfice d'inventaire, il peut retenir vis-à-vis des légataires la quarte Falcidie[7].

Fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem (D. 29, 7, *de jure codic.*, L. 8, § 1).

(20) Il faut entendre par là, dans la législation de Justinien, les formalités testamentaires ou codicillaires.

(1) Gaius, II, 270 et 271, D. 31, *de leg.* 2°, L. 77, § 1 initio, cbn. avec I. *h. t.*, § 3 initio. — (2) D. 29, 7, *de jure codic.*, L. 8, § 1 inito. — (3) L. 8, § 1 i. f., cit.

(4) D. 32, *de leg.* 3°, L. 2.

(5) I. 2, 24, *de sing. reb. per fideic. rel.*, § 1, v^is Hoc solum......... inutiliter relinquitur. — (6) Nov. 1, c. 2, § 2 initio. — (7) C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 22, § 4 (4 initio).

Observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit : nam quod amplius est, inutiliter relinquitur (I. 2, 24, *de sing. reb. per fideic. rel.*, § 1).

SECTION II. — DE L'OBJET DES LEGS; § 724.

D'après les principes généraux sur les actes juridiques (1), le legs doit avoir pour objet une chose qui présente de l'intérêt pour le légataire, qui soit suffisamment déterminée et possible physiquement (2) et juridiquement (3). Peut-on léguer la chose d'autrui? Une distinction est nécessaire.

1° Si le testateur savait qu'il n'était pas propriétaire de la chose léguée, le legs est toujours valable; le grevé doit acquérir la chose, pour la livrer ensuite au légataire; dans le cas où il ne peut l'acquérir, il en doit la valeur (4). En effet, le testateur a évidemment voulu le charger de cette acquisition et celle-ci ne présente aucune impossibilité physique ou juridique; en supposant que le grevé ne parvienne pas à se procurer la chose léguée, c'est par suite d'une impossibilité simplement relative et alors il doit, selon la volonté du testateur, payer au légataire le prix de la chose (5).

2° Si le testateur croyait être propriétaire, le legs est généralement nul. Dans la pensée du testateur, l'héritier devait seulement livrer une chose qu'il aurait eue par devers lui, après l'avoir recueillie dans la succession. Si l'on maintenait le legs, il devrait acheter la chose; cette obligation est beaucoup plus onéreuse que celle que le disposant a eue en vue, rien ne prouve qu'il ait voulu l'imposer à l'héritier; la volonté de léguer est incertaine, ce qui exclut le legs (6). Mais la règle cesse avec son motif, d'abord lorsque la chose léguée appartient au grevé lui-même, car alors celui-ci peut s'acquitter du legs en livrant une chose qu'il a par devers lui (7),

(1) Cf. ci-dessus T. I, § 73, II. — (2) I. *h. t.*, § 10.

(3) I. *h. t.*, § 4, v^is Sed si......... legatum est; D. 31, *de leg.* 2°, L. 49, § 2.

(4) I. *h. t.*, § 4, v^is Non solum......... ejus dare, et v^is Quod autem......... alienam rem esse. — (5) Cf. ci-dessus T. II, § 373, I i. f.

(6) I. *h. t.*, § 4, v^is non et si ignorabat......... rescripsit.

(7) D. 31, *de leg.* 2°, L. 67, § 8.

ensuite lorsque, la chose appartenant à un tiers autre que le grevé, le testateur eût maintenu le legs même s'il avait su ne pas être propriétaire; cette intention doit se présumer s'il était très lié avec le légataire (8).

Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest : ita ut heres cogatur redimere eam et praestare vel, si non potest redimere, aestimationem ejus dare... Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intellegendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat : forsitan enim, si scisset alienam, non legasset (I. *h. t.*, § 4).

SECTION III. — DES CODICILLES.

I. 2, 25, *de codicillis*. — D. 29, 7, *de jure codicillorum*. — C. 6, 36, *de codicillis*.
FEIN, *Continuation de Glück*, T. 44 et 45, Erlangen, 1851-1853.

§ 725. *Historique.*

Les codicilles commencèrent à être employés vers la fin de la république, pour faire des fidéicommis. Dans le principe ils étaient sans valeur juridique, mais Auguste ayant spontanément exécuté un fidéicommis qui lui avait été imposé par un simple codicille, on admit bientôt d'une façon générale la force obligatoire du codicille (1). Celui-ci resta longtemps un acte purement privé, affranchi de toute solennité; c'était d'ordinaire une lettre que le disposant adressait à son héritier (2). Constantin Ier et Théodose II en firent un acte solennel (3).

§ 726. *Législation de Justinien.*

I. *Règles générales.* Le codicille (*codicillus* ou *codicilli* (diminutif de *codex*, livre), petit écrit, feuillet) est un acte solennel de

(8) C. *h. t.*, L. 10.
(1) I. *h. t.*, pr.
(2) D. 32, *de leg.* 3°, L. 37, § 3, vis Idem pater decedens......... esse volo.
(3) C. Théod. 4, 4, *de testam. et codic.*, L. 1; C. *h. t.*, L. 8, § 3.

dernière volonté, par lequel on fait des legs ou des dispositions analogues. Deux différences principales le séparent du testament. D'abord il est moins solennel; il exige seulement la présence de cinq témoins au lieu de sept[1]. Ensuite il ne peut servir qu'à faire des legs[2] ou des dispositions analogues, telles que des nominations de tuteurs[3] ou des affranchissements d'esclaves[4]. Les institutions d'héritier[5], les substitutions, qui ont le même caractère[6], et les exhérédations, qui affectent également l'hérédité[7], ne peuvent se faire par codicille ; un testament est indispensable à cette fin. Les autres règles de la théorie des testaments s'appliquent généralement aux codicilles[8].

II. *Division des codicilles.* Il y a des codicilles testamentaires et des codicilles ab intestat[9]. Les premiers sont laissés par une personne qui a fait aussi un testament[9]; ce testament peut être antérieur ou postérieur au codicille[10] et confirmer le codicille par anticipation ou après coup[11] ou bien ne pas le confirmer[12]. Les codicilles ab intestat sont laissés par une personne décédée intestat[13].

1° Les codicilles testamentaires constituent de simples accessoires du testament[14] et partant ils sont nuls ou infirmés par cela seul que le testament se trouve dans l'un ou l'autre cas, quoique eux-mêmes ne renferment aucun vice[15]; l'accessoire doit suivre le principal[16]. Les codicilles ab intestat sont des actes ayant une existence propre et indépendante[17].

2° A la différence des codicilles testamentaires confirmés, les codicilles testamentaires non confirmés et les codicilles ab intestat ne peuvent servir à nommer un tuteur; du moins, si un tuteur a été nommé de cette manière, il ne peut arriver à la tutelle que

(1) C. *h. t.*, L. 8, § 3. — (2) I. *h. t.*, § 2.
(3) D. 26, 2, *de testam. tut.*, L. 3, pr. — (4) D. 40, 4, *de manum. testam.*, L. 43.
(5) I. *h. t.*, § 2 initio. — (6) § 2 i. f., cit. — (7) § 2 initio, cit.
(8) C. *h. t.*, L. 8, § 3; C. 6, 23, *de testam.*, L. 28. — (9) I. *h. t.*, § 1 initio.
(10) Cf. § 1 cit., v^is Sed cum......... — (11) D. *h. t.*, L. 8, pr. initio.
(12) I. *h. t.*, § 1, v^is Sed cum......... — (13) § 1 cit., initio.
(14) D. 29, 3, *testam. quemadm. aper.*, L. 11 initio; D. *h. t.*, L. 3, § 2 initio.
(15) L. 3, § 2, cit. — (16) D. *h. t.*, L. 16 i. f. — (17) Cf. L. 16 i. f., cit.

moyennant la confirmation du magistrat[18]. Avant Justinien les legs proprement dits ne pouvaient non plus se faire par un codicille testamentaire non confirmé ou ab intestat[19].

Codicilli pars intelleguntur testamenti (D. 29, 3, *testam. quemadm. aper.*, L. 11). Testamento facto etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius moment erit (D. *h. t.*, L. 3, § 2).

Intestato patre familias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent[20] (D. *h. t.*, L. 16).

SECTION IV. — DE L'INVALIDITÉ DES LEGS.

I. Principes généraux; § 727.

I. Le legs qui lors de sa confection ne réunit pas les conditions requises pour sa validité, est inexistant[1] et il ne devient pas valable par la seule disparition de la cause de son inexistence[2]; c'est l'application du principe : *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*[3]. Peu importe que le legs doive seulement produire ses effets au décès du testateur; il n'en est pas moins vrai que le commencement du legs, l'*initium legati*, est l'instant de sa confection et que la question de savoir si le legs est fait valablement doit être examinée à ce moment. Quelque doute s'était élevé à cet égard parmi les jurisconsultes romains; pour le dissiper, Caton l'Ancien ou plutôt son fils donna, au point de vue des legs, une forme nouvelle au principe général prémentionné; lorsque, disait Caton, un legs eût été nul si le testateur était décédé aussitôt après l'avoir fait, il doit demeurer nul, quelle soit

(18) D. 26, 3, *de confirm. tut.*, L. 1, § 1 i. f. Voyez encore D. 40, 4, *de manum. testam.*, L. 43.

(19) Gaius, II, 270a initio. Cf. ci-dessus T. II, § 719, I, 2°, et II.

(20) Tiennent la place d'un testament.

(1) Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 201. — (2) I. *h. t.*, § 10 i. f. cbn. avec l'initium.

(3) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 29. Cf. ci-dessus T. I, § 82, II, 1°.

l'époque du décès; cette formule est la règle Catonienne (4). Elle est inutile et l'on peut s'en tenir au principe *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere;* toutes les difficultés peuvent être résolues à l'aide de ce principe (5). Ainsi le legs d'une chose hors du commerce demeure nul, bien que la chose rentre plus tard dans le commerce (6). De même le legs de la propre chose du légataire ne devient pas valable, si celui-ci perd ultérieurement la propriété de la chose (7). Mais, lorsqu'on lègue à quelqu'un une chose qui lui appartient, pour le cas où il cesserait d'en être propriétaire, le legs est pleinement valable; il ne renferme aucun vice, car il tend seulement à faire recouvrer une propriété perdue, et partant il ne saurait être question d'appliquer ici la règle *quod initio vitiosum est* etc. (8). Il faut en dire autant du legs qui, sous le régime de la loi *Julia et Papia Poppaea*, était fait à un célibataire; cette loi n'exigeait pas que le légataire fût marié et père au moment de la confection du legs; il devait seulement l'être dans un certain délai après le décès du testateur. Dès lors le legs fait à un célibataire était valable au moment de sa confection, ce qui excluait la règle *quod initio vitiosum est* etc. (9).

II. Un legs valable dans le principe est invalidé après coup et notamment infirmé ou anéanti de plein droit :

1° Par des circonstances relatives au testateur, si celui-ci perd la capacité de droit, sans la recouvrer avant son décès (10) ou bien s'il révoque le legs (11) (§ 728-729);

2° Par des circonstances relatives au légataire, si celui-ci décède

(4) D. 34, 7, *de reg. Caton.*, L. 1, pr. Voyez HARNIER, *De regula Catoniana*, Heidelberg, 1820, RIVIER, *De discrimine quod inter regulam Catonianam et eam quae lege 29 de R. J. continetur juris antiqui regulam interest*, Berlin, 1858, et MACHELARD, *Étude sur la règle Catonienne en droit romain*, Paris, 1862.

(5) Cf. RIVIER, *Dissertation citée à la note précédente*, § 13, 20, 21 et 23, et *Successions à cause de mort*, § 87, MACHELARD, cité, *Avant-propos*, p. V-VII, et nos 10-12, et VANGEROW, II, § 540, *Anm.*, n° III. — (6) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio.

(7) I. *h. t.*, § 10 i. f. cbn. avec l'initium. — (8) D. 31, *de leg.* 2°, L. 18.

(9) D. *eod.*, L. 5. Cf. ci-dessus T. II, § 647, II, 3°.

(10) Cf. ci-dessus T. II, § 722, 1°, cbn. avec § 656, 2°.

(11) ULPIEN, XXIV, 29 initio.

avant l'ouverture du legs (12), s'il devient incapable à un moment quelconque depuis l'ouverture jusqu'à l'acquisition du legs (13) et s'il renonce à la libéralité (14); cette renonciation ne peut se faire qu'après l'ouverture du legs (15) et par un légataire capable d'aliéner (16). C'est encore une circonstance relative au légataire qui amène l'infirmation du legs, si le légataire acquiert en vertu d'un autre titre gratuit la chose léguée; le legs s'éteint alors par le concours de deux causes lucratives (17), conformément aux règles établies ailleurs (18);

3° Par des circonstances relatives au grevé, si celui-ci fait défaut sans que la personne qui profite de sa défaillance soit tenue d'exécuter le legs. Tel est surtout le cas où le grevé qui fait défaut est l'héritier testamentaire ou légitime; le legs n'incombe pas aux héritiers subséquents (19);

Enfin 4° par des circonstances se rapportant à la chose léguée; si celle-ci périt sans la faute du grevé (20) ou bien si elle sort du commerce (21).

III. Un legs étant nul ou infirmé, s'il y a un substitué à qui la chose a été valablement léguée, le legs s'ouvre à son profit (22) avec les mêmes charges (23); subsidiairement la part du défaillant accroît à ses colégataires (24) (§ 730-732) et en dernier lieu la chose léguée profite au grevé (25). Le grevé doit-il exécuter les charges imposées au défaillant et notamment payer les arrière-legs? Non, si le legs principal est inexistant (26), car alors les charges qui en forment un accessoire, suivent la même condition, elles sont

(12) Cf. ci-dessus T. II, § 720. — (13) Cf. ci-dessus T. II, § 722, 2°, cbn. avec § 648.

(14) D. 30, *de leg.* 1°, L. 44, § 1 i. f.

(15) Contra D. 31, *de leg.* 2°, L. 45, § 1; mais voyez WINDSCHEID, III, § 643 et note 4. — (16) Cf. ci-dessus T. II, § 692, I, 2°. — (17) I. *h. t.*, § 6.

(18) T. II, § 522.

(19) Cf. ci-dessus T. II, § 716, 1°, et le n° III du présent paragraphe.

(20) I. *h. t.*, § 16 initio. — (21) § 16 cit., v^is Et si servus......... non tenetur heres.

(22) D. 31, *de leg.* 2°, L. 50, pr.

(23) Arg. D. 30, *de leg.* 1°, L. 74. Cf. ci-dessus T. II, § 665, 3°.

(24) I. *h. t.*, § 8. — (25) D. 31, *de leg.* 2°, L. 17, pr.

(26) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 3 et 3a (8).

inexistantes. Mais, si le legs principal est simplement infirmé, le grevé doit remplir les charges[27], d'après la volonté présumée du disposant.

Catoniana regula sic definit[28], quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere (D. 34, 7, *de reg. Caton.*, L. 1, pr.).

Si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest : et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio ejus (I. *h. t.*, § 10).

Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit[29] (I. *h. t.*, § 16).

II. De la révocation des legs.

I. 1, 21, *de ademptione legatorum et translatione.*
D. 34, 4, *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.*

§ 728. *De la révocation ordinaire.*

A raison de son importance, la révocation d'un legs ne peut se faire par la simple manifestation d'une volonté contraire; il faut qu'il n'y ait pas de doute sur la volonté de révoquer. On peut révoquer un legs :

1° Par la confection d'un testament ou d'un codicille dans lequel on manifeste, d'une manière expresse ou tacite, l'intention de révoquer le legs[1]. C'était le principe qui régissait les anciens fidéicommis[2]. La révocation des anciens legs devait se faire par des termes contraires à ceux qui avaient été employés pour le legs lui-même; le legs *per vindicationem* fait par les mots *do lego* devait être révoqué par les mots *non do non lego*[3]. En droit nouveau, la règle des fidéicommis a prévalu comme étant la plus large[4];

(27) L. un. cit., § 4, 9, 9a et 9b (4 et 9 initio), cf. § 9c (9).
(28) Est conçue comme suit : — (29) Elle périt.
(1) I. *h. t.*, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 3, § 11 initio.
(3) ULPIEN, XXIV, 29, cbn. avec I. *h. t.*, pr.
(4) I. *h. t.*, pr. Cf. ci-dessus T. II, § 669, 1°.

2° Par la destruction ou l'altération volontaire du testament ou du codicille qui contient le legs, ou bien encore par la simple rature du legs (5);

3° Par des actes du testateur qui n'admettent pas d'autre explication raisonnable que celle d'une révocation du legs. Notamment il y a révocation si des inimitiés graves, non suivies de réconciliation, sont survenues entre le testateur et le légataire (6), ou bien si le disposant aliène volontairement la chose léguée (7); en se dépouillant de celle-ci sans aucune nécessité, il prouve son intention de la retirer au légataire. Mais l'aliénation forcée de la chose léguée ne saurait impliquer une intention de révoquer, puisqu'elle est indépendante de la volonté du disposant (8). Dans le cas d'une aliénation partielle, la partie non aliénée reste due d'une façon absolue; pour la partie aliénée, le legs n'est révoqué qu'autant que l'aliénation a été volontaire (9). Enfin, si le testateur a concédé des droits réels sur la chose, l'héritier doit seulement la livrer au légataire dans l'état où elle se trouve ou bien il est tenu de la libérer du droit réel, selon que la concession de celui-ci a été volontaire ou forcée (10).

Nihil interest, inducatur (11) quod scriptum est an adimatur (D. *h. t.*, L. 16).

Quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur : et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademptum videri quod relictum est : sin autem levis offensa, manet fideicommissum (D. *h. t.*, L. 3, § 11).

Pater hortos instructos filiae legavit : postea quaedam ex mancipiis hortorum uxori donavit. Sive donationes confirmavit sive non confirmavit, posterior voluntas filiae legato potior erit (D. *h. t.*, L. 24, § 1).

Si rem suam testator legaverit eamque necessitate urguente

(5) D. *h. t.*, L. 16. Cf. ci-dessus T. II, § 669, 2°.
(6) D. *h. t.*, L. 3, § 11, L. 4, cf. L. 13, L. 29. — (7) D. *h. t.*, L. 24, § 1.
(8) D. 32, *de leg.* 3°, L. 11, § 12. — (9) I. 2, 20, *de leg.*, § 12 i. f.
(10) § 12 cit., v[is] Idem rescripserunt......... luantur. — (11) Soit raturé.

alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere ei testatorem voluisse (D. 32, *de leg.* 3°, L. 11, § 12).

§ 729. *De la translation des legs.*

La translation du legs (*translatio legati*) est la substitution d'un legs à un autre(1). Comme la novation (2), à laquelle elle ressemble, elle est subjective ou objective : subjective si le testateur change le légataire ou le grevé(3), objective s'il change la chose léguée ou la modalité du legs (4); après avoir légué une chose purement et simplement à Titius, on peut la lui léguer sous la condition ' s'il n'épouse pas Titia '(4). Mais *quid* de la révocation faite sous la condition ' si Titius épouse Titia ' ? D'après la volonté présumée du disposant, elle équivaut à un nouveau legs fait sous la condition contraire ' si Titius n'épouse pas Titia ' (5). La translation d'un legs contient deux éléments indépendants l'un de l'autre : la révocation d'un legs antérieur et la confection d'un legs nouveau (6); dès lors, elle ne vaut comme translation que si elle réunit à la fois les conditions exigées pour la validité de ces deux actes.

1° Si la volonté de révoquer l'ancien legs ne s'est pas manifestée de la manière légale, les deux legs sont dus concurremment. Par exemple, le testateur a légué successivement sa maison à Primus et à Secundus, sans que sa volonté de révoquer le premier legs par le second soit établie ; Primus et Secundus seront appelés en même temps au legs de la maison. Mais jusqu'à quel point y a-t-il révocation dans le cas suivant : après avoir légué sa maison à Primus, le disposant la lègue à Secundus sous la condition ' s'il n'épouse pas Titia '? Il se peut que par le second legs le testateur ait voulu révoquer le premier en toute éventualité. Mais en principe la révocation sera simplement conditionnelle et partant le premier legs sera censé fait sous la condition contraire à celle du second; il sera subordonné à la condition ' si Secundus épouse Titia ' (7).

(1) Cf. I. *h. t.*, § 1. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 516.
(3) D. *h. t.*, L. 6, pr. initio. — (4) L. 6, pr. i. f., cit. — (5) D. *h. t.*, L. 10, pr. i. f.
(6) I. *h. t.*, § 1. — (7) D. *h. t.*, L. 7.

2° Lorsque c'est le nouveau legs qui ne réunit pas les conditions requises, sa nullité n'empêche pas la révocation de l'ancien legs (8). Mais cela suppose évidemment que la révocation ait été faite d'une manière régulière; un testament ou un codicille nul étant un néant juridique ne saurait avoir un effet révocatoire (9). Il faut d'ailleurs que l'intention de révoquer l'ancien legs soit certaine. A défaut d'une révocation valable, le premier legs reste dû.

Legatum cum sub condicione adimitur, perinde est, ac si sub contraria condicione datum fuisset (D. *h. t.*, L. 10, pr.).

Quod si alii legetur sub condicione, quod alii pure datum est, non plene recessum videtur a primo, sed ita demum, si condicio sequentis exstiterit : ceterum si hoc animo fuerit testator, ut omnimodo recessum a primo putaverit, dicendum erit a primo ademptum legatum (D. *h. t.*, L. 7).

Licet transferam legatum in eum, cum quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium, cui sine libertate legavero, licet eis non debeatur, nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademptum (D. *h. t.*, L. 20).

III. De l'accroissement entre colégataires.

D. 7, 2, *de usu fructu adcrescendo*. — C. 6, 51, *de caducis tollendis*.

MAYER, *Das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesezlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen*, p. 85-230, Tübingen, 1835.
SCHNEIDER, *Das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten und die kadukarischen Bestimmungen der lex Julia et Papia*, Berlin, 1837.
MACHELARD, *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires. Étude sur les lois Julia et Papia Poppaea en ce qui concerne la caducité*, p. 1-3, 15-41, 95-165, 171-278 et 312-330, Paris, 1860.
VAN WETTER, *Droit d'accroissement entre colégataires (d'après le droit romain)*, Bruxelles, 1866.

§ 730. *Notion et historique.*

L'accroissement entre colégataires est le droit en vertu duquel, si la même chose est léguée à plusieurs personnes et que

(8) D. *h. t.*, L. 20. — (9) D. 32, *de leg.* 3°, L. 18.

l'une d'elles fasse défaut, sa part est acquise aux autres (1).

I. Sous la république, l'accroissement était restreint aux legs *per vindicationem* et *per praeceptionem* (2). Il n'avait pas lieu dans les legs *per damnationem* et *sinendi modo* (3), ni dans les fidéicommis (4); ici, lorsque l'un des gratifiés faisait défaut, sa part profitait au grevé (5).

II. La loi *Julia et Papia Poppaea* supprima en principe ce système pour les legs de toute nature et pour les fidéicommis; aux legs et aux fidéicommis caducs, comme aux parts héréditaires caduques (6), elle appliqua ses règles nouvelles sur la *caducorum vindicatio*. Etaient successivement appelés à cette revendication :

1° Les colégataires mariés et pères conjoints *verbis* avec le défaillant, peu importe qu'ils fussent conjoints *re et verbis* ou conjoints *verbis tantum* (7),

2° Les héritiers mariés et pères (8),

3° Les légataires mariés et pères qui n'étaient pas conjoints *verbis* avec le défaillant (8),

4° L'État (9).

L'ancien droit d'accroissement fut seulement maintenu lorsqu'un legs était inexistant (10), puis, en faveur des descendants et ascendants du testateur qui avaient été institués héritiers et avaient reçu un prélegs (11), enfin, dans le legs d'usufruit (12), qui devint ainsi le refuge de l'accroissement entre colégataires. Ce fut à l'occasion du legs d'usufruit que les jurisconsultes classiques de Rome exposèrent les règles sur l'accroissement entre colégataires.

III. Le système caducaire fut abrogé en partie par Honorius et Théodose II (13), en partie par Justinien (14). L'accroissement fut rétabli et même étendu à toute sorte de legs (15).

(1) Cf. I. *h. t.*, § 8. — (2) ULPIEN, XXIV, 12. — (3) GAIUS, II, 205.
(4) *Vatic. fragm.* 85 i. f. — (5) GAIUS, II, 205 i. f.; *Vatic. fragm.* 85 i. f.
(6) Cf. ci-dessus T. II, § 695, II.
(7) GAIUS, II, 207, cbn. avec D. 32, *de leg.* 3°, L. 89. — (8) GAIUS, II, 207 initio.
(9) ULPIEN, XVII, 2 initio.
(10) Arg. ULPIEN, XVII, 1, et C. *h. t.*, L. un., § 3 (3 initio).
(11) ULPIEN, XVIII. — (12) Arg. D. *h. t.* — (13) C. 8, 58 (59), *de jure liber.*, L. 1.
(14) C. *h. t.*, L. un., pr., § 14 et 14a (14). — (15) L. un. cit., § 11 à 11a (11).

§ 731. *Droit de Justinien.*

1° L'accroissement dans les legs a un autre fondement que l'accroissement entre cohéritiers. Celui-ci se base sur ce que chaque héritier, en cette seule qualité, est appelé à la succession entière[1]. Par contre, le légataire est essentiellement limité à la chose qui lui a été léguée[2] et dès lors l'accroissement entre colégataires ne peut se fonder que sur la vocation de plusieurs à la même chose; en léguant solidairement une chose à plusieurs, le testateur manifeste l'intention de l'accorder pour le tout à ceux qui arriveront au legs; le concours seul peut restreindre le droit de chacun à la totalité[3]. En d'autres termes, l'accroissement opère seulement au profit des colégataires *re conjuncti* avec le défaillant, peu importe qu'ils soient *re et verbis* ou bien *re tantum conjuncti*[4]. Il n'a pas lieu en faveur de légataires appelés à des choses différentes ou à des parties différentes de la même chose[5], fussent-ils *verbis conjuncti*. Un testament porte : 'Je lègue ma maison à Primus et à Secundus, à chacun pour moitié ou *aequis partibus*'; si l'un des légataires fait défaut, sa part n'accroîtra pas à l'autre[6]; si le testateur réunit plusieurs légataires dans la même disposition, c'est uniquement pour être plus bref[7]. Mais *quid* si un colégataire du défaillant est *re et verbis conjunctus* avec lui, et l'autre *re tantum conjunctus ?* par exemple un testament est conçu comme suit : 'Je lègue ma maison à Primus et à Secundus... Je lègue encore ma maison à Tertius'. Si tous les légataires concourent, Primus et Secundus, qui sont censés former une seule personne, obtiennent chacun 1/4 de la maison et Tertius la moitié[8].

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 696 initio. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 716, 2°.
(3) D. *h. t.*, L. 3, pr. i. f. — (4) I. *h. t.*, § 8. — (5) D. *h. t.*, L. 11-12.
(6) L. 11 cit.
(7) D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 67 (66). Voyez *Notre accroissement*, nos 58-68 et 193-201, et dans le même sens Schneider, cité, § 7, p. 270-282, Machelard, cité, p. 314-317, Vangerow, II, § 547, *Anm.*, Maynz, III, § 443 et notes 23 et 25, Rivier, cité, § 72, 2°, Accarias, I, n° 396, Ortolan, II, n° 882 i. f., et Windscheid, III, § 644, 2°, et notes 12-13. — Contra Mayer, cité, p. 215-223, et Demangeat, I, p. 791-792. — (8) Cf. ci-après § 734, I, 3°.

Supposons que Primus fasse défaut; son quart accroîtra exclusivement à Secundus *re et verbis conjunctus*, pas du tout à Tertius *re tantum conjunctus*(9). En effet, Primus faisant défaut, il faut le considérer comme n'ayant pas été appelé au legs; or, dans cette hypothèse, Secundus eût recueilli la moitié de la maison; il doit en être de même si Primus a été appelé au legs et qu'il n'y n'arrive pas.

2° L'accroissement dans les legs opère de plein droit, indépendamment d'un acte d'acceptation du légataire(10). Avant Justinien il opérait aussi forcément dans tous les cas; le légataire qui arrivait seul au legs, ne pouvait répudier la part du défaillant(11); mais il ne devait pas non plus exécuter les charges imposées à ce dernier(12). C'était une conséquence rigoureuse de la vocation de chaque légataire à la totalité de la chose; celui qui arrivait seul au legs, était censé recueillir le tout en vertu de son droit propre et, à ce point de vue, il ne pouvait avoir ni le droit de répudier la part du défaillant, ni l'obligation d'exécuter les charges qui y avaient été attachées. Justinien maintint ces règles pour les légataires *re tantum conjuncti*(13). Mais il décida que le légataire *re et verbis conjunctus* avec le défaillant serait libre de répudier la part de ce dernier et que, s'il l'acceptait, il devrait supporter les charges qui y étaient inhérentes(14). On peut expliquer cette innovation de Justinien de la manière suivante; lorsque le testateur lègue une chose à plusieurs par la même disposition, il fait à chacun deux libéralités distinctes. Directement il ne donne à chacun qu'une part virile; la disposition testamentaire elle-même restreint le droit de chacun par le droit égal des autres. Mais, comme le testateur n'a pas divisé la chose entre les légataires, il a voulu en outre que si l'un n'arrivait pas au legs, sa part fût dévolue aux autres; pour ce cas, il a fait une seconde libéralité. Cela étant, le légataire peut accepter la première libéralité et

(9) D. *h. t.*, L. 1, § 2. — (10) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 34, L. 35, L. 36, pr.
(11) D. 31, *de leg.* 2°, L. 40. — (12) D. 35, 1, *de condic.*, L. 30.
(13) C. *h. t.*, L. un., § 11[d], 11[e] et 11[f] (11).
(14) L. un. cit., § 11 et 11[a] (11 initio).

répudier l'autre; mais, s'il accepte celle-ci, il l'acquiert avec les charges que le testateur y a attachées (15).

Totiens jus adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est (*scil. usus fructus*) (D. *h. t.*, L. 3, pr.).

Si eadem res duobus legata sit sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum : si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat ' Titio et ' Seio hominem Stichum do lego ' : disjunctim ita ' Titio hominem ' Stichum do lego, Seio Stichum do lego ' (I. *h. t.*, § 8).

Cum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus (16) legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset : unde fit, ut inter eos jus adcrescendi non sit, cum alius ab alio herede usum fructum vindicat (D. *h. t.*, L. 11-12).

§ 732. *De l'accroissement dans le legs d'usufruit.*

LELIÈVRE (A.), *Dissertatio historico-juridica inauguralis de usufructu adcrescendo*, Louvain, 1827.

HEIMSOETH, *Dissertatio de usufructu accrescendo ex jure Romano*, Cologne, 1831.

L'accroissement présente une particularité dans le legs d'usufruit. Il n'a pas seulement lieu si l'un des légataires n'arrive pas au legs; il se produit encore si tous y arrivent et que plus tard l'un perde sa part d'usufruit. Primus et Secundus sont légataires de l'usufruit d'une maison; ils arrivent au legs et jouissent ensemble pendant 10, 20 ou 30 ans; Primus décède le premier; Secundus réunira après coup tout l'usufruit entre ses mains (1). Cet accroissement subséquent peut même opérer au profit d'un légataire qui a déjà perdu sa part d'usufruit. Primus et Secundus,

(15) Cf. L. un. cit., § 11ª (11 i. f.). — (16) L'usufruit.

(1) D. *h. t.*, L. 1, § 3 i. f.

légataires de l'usufruit d'une maison, l'acquièrent tous les deux ; Primus perd sa moitié par la prescription extinctive ; Secundus obtient le tout. Mais il décède le premier ; sa moitié originaire accroîtra encore à Primus. Quant à la moitié primitive de Primus, qui a déjà accru à Secundus et qui est maintenant aussi perdue par ce dernier, elle retournera à la propriété, puisque, à son égard, les deux légataires ont épuisé leur droit[2]. Cet accroissement subséquent de l'usufruit a le même fondement que l'accroissement ordinaire ; il se base sur la vocation de chaque légataire à la totalité de l'usufruit. D'après la volonté du testateur, chacun des légataires doit jouir pour le tout, en tant qu'il n'est pas restreint par le concours des autres, peu importe que le concours cesse seulement après coup. S'il en est autrement dans le legs de choses corporelles, c'est que la propriété est un droit perpétuel ; une fois que le concours de légataires s'y produit, il est définitif[3].

In usu fructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilo minus jus adcrescendi admittit... Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum (D. *h. t.*, L. 1, § 3).

CHAPITRE III. — DE L'ACQUISITION DES LEGS.

SECTION I. — NOTION ET CONDITIONS ; § 733.

Comme il a été expliqué ailleurs[1], le légataire acquiert le legs de plein droit, indépendamment d'un acte d'acceptation, en général lors de l'acquisition de l'hérédité ; mais il peut le répudier. Or, comme cette répudiation est possible tant qu'il n'a pas accepté, c'est seulement par l'acceptation du legs que son acquisition

§ 732—(2) D. *h. t.*, L. 10.

(3) Voyez *Notre accroissement*, nᵒˢ 207-211, et dans le même sens WINDSCHEID, III, § 645.

§ 733—(1) T. II, § 721.

devient définitive. Les conditions d'une acceptation valable du legs sont les suivantes :

1° Il faut que le legs soit ouvert [2].

2° L'acceptant doit être capable de volonté et même, si le legs comporte des charges, être capable de s'obliger par des actes juridiques.

3° Le legs doit être accepté tel qu'il est déféré; on ne peut l'accepter sous condition, à terme ou en partie [3].

Neminem ejusdem rei legatae sibi partem velle, partem nolle verius est (D. 31, *de leg.* 2°, L. 4).

SECTION II. — EFFETS DE L'ACQUISITION DES LEGS.

I. Principes généraux; § 734.

I. *Droits du légataire.* 1° Un legs quelconque confère au légataire un droit de créance contre le grevé [1]; celui-ci est tenu, en vertu d'un quasi-contrat, d'exécuter le legs [2] et peut y être contraint par une *actio ex testamento* [3] ou *actio legati* [4], qui sous Justinien est de bonne foi [5]. Mais de plus, étant donné un legs relatif à un corps certain compris dans le patrimoine du testateur, le légataire acquiert, sur le seul fondement du legs, un droit réel et une action réelle [6]. Si le legs a pour objet des choses fongibles, il ne saurait donner directement naissance à un droit réel; celui-ci ne se conçoit que sur une chose déterminée. Le testateur ne peut pas davantage conférer un droit réel par rapport à une chose qui ne lui appartient pas, fût-elle à l'héritier [7].

§ 733—(2) Voyez en ce sens Windscheid, III, § 643 et note 4.

(3) D. 31, *de leg.* 2°, L. 4, L. 6. Cf. ci-dessus T. II, § 698, 3°.

§ 734—(1) C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 1, § 1 initio, L. 2, § 1 i. f. (L. 1, L. 2).

(2) I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 5. — (3) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 18.

(4) D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 75.

(5) Arg. C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 2, § 2 (L. 2).

(6) C. *eod.*, L. 1, § 1, L. 2, § 1 i. f. (L. 1, L. 2).

(7) Arg. D. 21, 3, *de except. rei vend. et trad.*, L. 1, § 1 cbn. avec le pr. Voyez en ce sens Vangerow, III, § 531.

2° Lorsque la chose léguée est grevée de droits réels, il faut distinguer si ceux-ci ont été concédés après ou avant la confection du legs. Dans le premier cas, les règles sur la révocation des legs, telles qu'elles ont été exposées ci-dessus (8), sont décisives. Dans le second, on suit les principes sur le legs de la chose d'autrui; donc, en général, l'héritier devra seulement libérer la chose du droit réel si le testateur a connu l'existence de ce droit (9). Toutefois, le légataire doit supporter les servitudes prédiales alors même que le testateur les a connues (10); ce sont des charges naturelles et normales des immeubles et le légataire profite d'ailleurs des servitudes prédiales actives.

3° Lorsque la même chose a été léguée à plusieurs, déjà dans l'ancien droit chaque légataire obtenait en général une part virile (11). Cependant, si un legs *per damnationem* ou un fidéicommis avait été fait à plusieurs par des dispositions distinctes, chaque gratifié avait droit à toute la chose ; celui qui se présentait le premier obtenait la chose en nature et les autres l'estimation de la chose (12). Cette règle fut probablement inspirée par l'analogie des conventions; si Primus et Secundus stipulent séparément la même chose de Tertius, celui-ci doit toute la chose à chacun des stipulants (13); or, dans le cas d'un legs *per damnationem* ou d'un fidéicommis fait séparément au profit de plusieurs, ceux-ci étaient aussi créanciers de la même chose en vertu de dispositions distinctes. S'il s'agissait d'un legs *sinendi modo* fait séparément en faveur de plusieurs, les jurisconsultes romains étaient divisés. Les uns accordaient encore la totalité de la chose à chacun des légataires ; mais d'autres enseignaient que l'héritier était libéré après avoir laissé enlever la chose par l'un des légataires et qu'il ne devait plus rien à ceux qui se présentaient dans la suite; ils

(8) T. II, § 728, 3°.

(9) C. 6, 42, *de fideic.*, L. 6, pr. (L. 6 initio), cf. § 1 (L. 6 i. f.). Cf. ci-dessus T. II, § 724. — (10) D. 30, *de leg.* 1°, L. 69, § 3 initio.

(11) Gaius, II, 199, 205 initio et 223; *Vatic. fragm.* 85 i. f.

(12) Gaius, II, 205 i. f.; *Vatic. fragm.* 85 i. f.

(13) Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 18, et D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 10.

s'appuyaient sur les termes du legs, qui obligeaient seulement l'héritier à laisser prendre la chose léguée[14]. — Justinien posa la règle absolue que dans un legs quelconque chaque légataire serait réduit à une part virile de la chose[15]. Mais le testateur peut évidemment obliger l'héritier à payer à l'un des légataires la chose en nature et à chacun des autres l'estimation[16]. Il est aussi loisible au disposant de léguer solidairement la même chose à plusieurs[17]. Enfin, si parmi les légataires de la même chose les uns sont *verbis conjuncti* et les autres appelés par des dispositions séparées, les premiers reçoivent seulement tous ensemble une part virile, à partager par tête[18]; ils sont censés ne former qu'une seule personne, parce que le testateur les a appelés collectivement au legs[19].

4° Lorsque plusieurs sont chargés du même legs, il faut, pour déterminer leur obligation respective, faire une distinction. Si ce sont des héritiers, ils sont tenus en proportion de leurs parts héréditaires[20], à moins que le testateur n'ait manifesté une volonté différente; il peut leur avoir imposé le legs pour des parts viriles[21] ou bien solidairement[22]. Si les grevés ne sont pas des héritiers, le legs leur incombe pour des parts viriles[23], sauf manifestation d'une volonté contraire du testateur.

II. *Droits du grevé.* 1° Le grevé peut réclamer le remboursement des impenses qu'il a faites à la chose léguée, si elles étaient nécessaires ou conformes à la volonté présumée du légataire[24].

2° Comme le legs n'est qu'une succession indirecte, le légataire doit demander au grevé la délivrance de la chose léguée; il ne peut se mettre en possession de sa propre autorité, sinon l'héritier

(14) Gaius, II, 215. — (15) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 11 et 11ᵉ (11).
(16) L. un. cit., § 11ᵉ (11). — (17) D. 31, *de leg.* 2°, L. 16.
(18) D. 7, 2, *de usufructu adcresc.*, L. 7. — (19) D. 30, *de leg.* 1°, L. 34, pr. i. f.
(20) D. 31, *de leg.* 2°, L. 33, pr. — (21) D. 30, *de leg.* 1°, L. 124.
(22) D. *eod.*, L. 8, § 1.
(23) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 8ᵃ (8 i. f.) cbn. avec § 8 (8 initio).
(24) D. 30, *de leg.* 1°, L. 58-60.

chargé du legs a contre lui l'interdit acquisitif de la possession *Quod legatorum*[25].

3° Si le grevé est un héritier, mais alors seulement, il a droit à la quarte Falcidie (§ 735-738).

Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta heres luere debet, maxime cum testator condicionem eorum non ignoravit aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset (C. 6, 42, *de fideic.*, L. 6, pr. (L. 6 initio)).

Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem conjunctim hoc relinquatur et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat... Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei aestimationem accipere desiderent (C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 11 et 11ᵇ (11)).

Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his qui solvendo non sunt onerari coheredes oportet (D. 31, *de leg.* 2°, L. 33, pr.).

II. De la quarte Falcidie.

I. 2, 22, *de lege Falcidia*. — D. 35, 2, et C. 6, 50, *ad legem Falcidiam*.

§ 735. *Historique.*

La loi des Douze tables obligeait l'héritier à exécuter d'une manière absolue les legs qui lui avaient été imposés; *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*[1]. Mais cette rigueur nuisait aux légataires eux-mêmes; l'héritier surchargé de legs répudiait la succession et sa répudiation amenait l'infirmation des legs[2]. La loi Falcidie portée en l'an 40 avant J. C. remédia à cet

(25) D. 43, 3, *quod legat.*, L. 1, § 1-2.

(1) Table V, fr. 3; I. *h. t.*, pr. initio.

(2) I. *h. t.*, pr. initio, cbn. avec D. 26, 2, *de testam ut.*, L. 9 initio.

inconvénient : elle disposa que l'héritier testamentaire pourrait retenir vis-à-vis des légataires un quart de la succession nette [3]. Plus tard ce principe fut étendu en divers sens [4] et l'on arriva au résultat suivant (§ 736-738).

§ 736. *Qui peut retenir la quarte Falcidie et vis-à-vis de qui?*

1° Le droit de retenir la quarte Falcidie n'appartient qu'à l'héritier et non au légataire [1]; il n'y avait pas de motif d'accorder à ce dernier la quarte Falcidie vis-à-vis des arrière-légataires, car, s'il répudie à raison des arrière-legs, ceux-ci sont dus par l'héritier [2]. Toutefois, si un légataire a été réduit par l'héritier, il peut, d'après la volonté présumée du testateur, réduire dans la même proportion les arrière-légataires [3]. Tout héritier, testamentaire ou légitime [4], a droit à la quarte Falcidie par rapport à sa part héréditaire, alors même que l'ensemble des legs imposés aux héritiers n'excède pas les trois quarts de la succession entière [5]. En effet, le but de la loi Falcidie est précisément de déterminer chaque héritier à accepter l'hérédité, en lui garantissant un avantage personnel suffisant. Mais, pour jouir de la quarte Falcidie, l'héritier doit faire inventaire conformément aux règles exposées précédemment [6], sinon le montant véritable de la succession est réputé inconnu et l'héritier est naturellement obligé d'une façon illimitée vis-à-vis des légataires [7].

2° L'héritier peut retenir la quarte Falcidie à l'égard de toute personne qui recueille quelque chose en vertu de la volonté du testateur [8].

§ 735—(3) I. *h. t.*, pr. i. f.
(4) Gaius, II, 254 initio ; Paul, III, 8, § 1 ; C. *h. t.*, L. 18. — C. *h. t.*, L. 10.
§ 736—(1) D. *h. t.*, L. 47, § 1. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 727, III.
(3) D. *h. t.*, L. 32, § 4. — (4) C. *h. t.*, L. 10. — (5) I. *h. t.*, § 1.
(6) Cf. T. II, § 702. — (7) Nov. 1, c. 2, § 2 initio.
(8) Paul, III, 8, § 1 ; C. *h. t.*, L. 5, L. 18.

§ 737. *De l'estimation et de la rétention de la Falcidie.*

1° Il se peut qu'il y ait contestation entre l'héritier et les légataires sur le point de savoir si le premier est ou non surchargé de legs. Dans ce cas, il faut procéder à une estimation de la succession (1), car la Falcidie constitue une quote-part héréditaire. Les biens doivent être estimés d'après leur valeur au moment du décès du testateur (2); le montant d'une succession se détermine naturellement à ce moment; les augmentations ou diminutions de valeur survenues dans la suite ne sont pas prises en considération (3). On obtient ainsi la valeur brute de l'hérédité. On en déduit les dettes, les frais funéraires et le prix des esclaves affranchis par testament (4). On connaît alors le montant net de la succession; il suffit d'en prendre une certaine quote-part pour avoir la valeur de la Falcidie; en comparant cette valeur à celle des legs, on constate aussitôt si la Falcidie est ou n'est pas intacte et, dans la seconde alternative, de combien elle est entamée. — Si, indépendamment de sa part héréditaire, l'héritier a recueilli dans la même succession d'autres libéralités à cause de mort, il n'est pas obligé de les imputer sur sa Falcidie; il peut les cumuler avec celle-ci (5). En effet, la loi Falcidie a pour but de garantir à l'héritier le quart de sa portion héréditaire s'il accepte la succession; dès lors il faut que cette seule acceptation lui procure sa quarte, sans préjudice des autres libéralités qui ont pu lui être faites.

2° Si la quarte Falcidie est entamée, l'héritier a le droit de réduire les legs jusqu'à concurrence de la surcharge; chaque legs doit être réduit en proportion de sa valeur (6).

(1) D. 35, 3, *si cui plus, quam per leg. Falc. lic.*, L. 1, § 6 initio.
(2) I. *h. t.*, § 2 initio. — (3) § 2 cit.
(4) I. *h. t.*, § 3 initio. Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 19, L. 2. — (5) D. *h. t.*, L. 91.
(6) I. *h. t.*, § 3.

§ 738. *Des cas où le droit à la Falcidie vient à cesser.*

Le droit à la Falcidie cesse :

1° Si le testateur a défendu de retenir la quarte, ce qu'il peut faire du moins dans la législation de Justinien (1);

2° Si l'héritier renonce à son droit (2);

3° Par rapport à certains legs tels que ceux qui servent à compléter la légitime (3).

III. Des garanties accordées aux légataires; § 739.

1° Tout légataire a une hypothèque légale, en sûreté de son legs, sur les biens que le grevé a recueillis dans la succession du testateur (1).

2° Si le legs est conditionnel ou à terme ou bien contesté et que partant il ne comporte pas d'exécution immédiate, le grevé doit garantir l'exécution en fournissant un fidéjusseur (*cautio legatorum servandorum causa*) (2). A défaut de cette caution, le légataire peut demander l'envoi en possession de tous les biens que le grevé a recueillis dans la succession (3).

Legatorum nomine satisdari oportere praetor putavit (D. 36, 3, *ut legat. serv. causa cav.*, L. 1, pr.), si dies aut condicio legati fideive commissi petitionem actionemve differe dicatur (D. *eod.*, L. 5, § 2). Etiam de praesenti legato locum habet haec satisdatio, quoniam nonnullas moras exercitio judicii habet (D. *eod.*, L. 15, pr.).

§ 738—(1) Nov. 1, c. 2, § 2 i. f. Voyez encore D. *h. t.*, L. 88, § 2. Droit antéjustinien : D. *h. t.*, L. 27. — (2) C. *h. t.*, L. 19.

(3) C. 3, 28, *de inoff. testam.*, L. 36, pr., § 1, 1a et 1b (pr.).

§ 739—(1) Cf. ci-dessus T. I, § 267, I, 2°.

(2) D. 36, 3, *ut legat. serv. causa cav.*, L. 1, pr., L. 5, § 2, L. 15, pr.

(3) D. *eod.*, L. 1, § 2 i. f.; D. 36, 4, *ut in poss. legat.*, L. 5, § 5 initio, cf. i. f.

CHAPITRE IV. — DE QUELQUES ESPÈCES PARTICULIÈRES DE LEGS.

I. Du legs de choses fongibles; § 740.

1° En principe, le legs de choses fongibles n'est valable que si le testateur détermine le genre et le nombre ou la quantité des choses léguées (1). Dans le cas où le genre comprend une telle variété de choses qu'il est impossible de déterminer un individu de valeur moyenne, le legs doit en outre indiquer l'individu à prester par le grevé (2) ou bien ajouter au genre une désignation spéciale qui permette d'arriver à la détermination de la chose. Sous ces rapports, on suit pour les legs les règles des conventions (3), mais on s'en écarte en un autre sens. A défaut de la détermination prémentionnée, le legs de choses fongibles est encore valable, par suite d'une interprétation large de la volonté dernière, si la succession renferme des choses de l'espèce léguée; alors le légataire a droit à l'une de ces choses, à une maison par exemple (4), et même à la totalité s'il s'agit de choses qui se déterminent d'habitude par l'indication d'une quantité de nombre, de poids ou de mesure, par exemple à tout le vin du testateur (5).

2° En général le choix appartient au légataire (6), car on interprète largement les testaments. A l'époque classique, c'était l'héritier qui avait la faculté de choisir dans le legs *per damnationem* (7) et dans les fideicommis. Sous Justinien, le légataire a toujours le choix, à moins que le testateur ne l'ait attribué au grevé (8). Mais la partie qui a le choix, ne peut l'exercer d'une manière absolue. Dans le legs d'un genre proprement dit, elle doit choisir une chose de valeur moyenne et non la meilleure ou la plus mauvaise (9); dans le legs d'une quantité de choses fongi-

(1) Cf. D. 33, 6, *de tritico vino v. oleo leg.*, L. 3, pr.
(2) D. 30, *de leg.* 1°, L. 71, pr. i. f. — (3) Cf. ci-dessus T. II, § 372, 1°.
(4) D. 30, *de leg.* 1°, L. 71, pr. initio.
(5) D. 33, 6, *de tritico vino v. oleo leg.*, L. 7, pr. Cf. ci-dessus T. II, § 722, 5° i. f., cbn. avec § 661, 3°. — (6) I. *h. t.*, § 22.
(7) Ulpien, XXIV, 14 i. f.; arg. D. 31, *de leg.* 2°, L. 15, L. 19 i. f.
(8) I. *h. t.*, § 22 i. f. — (9) D. 30, *de leg.* 1°, L. 37, pr.

bles, le grevé ne peut offrir des choses vicieuses(10). Le légataire n'a le droit de choisir la meilleure chose que si le testateur lui a accordé le choix par une disposition spéciale(11); c'est le seul moyen de faire produire de l'effet à cette dispostition, puisque le légataire peut déjà choisir de plein droit(12); un pareil legs s'appelle legs d'option (*optio vel electio legata*)(13). D'après les principes généraux, le choix est indivisible dans le legs d'un genre proprement dit(14).

Si domus alicui simpliciter sit legata neque adjectum quae domus, cogentur heredes quam vellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare(15); quod si nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum (D. 30, *de leg.* 1°, L. 71, pr.).

Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta(16)... Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum pater familias reliquisset, legatum putant : Labeo id probat idque verum est (D. 33, 6, *de tritico vino v. oleo leg.*, L. 7, pr.).

Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit (I. *h. t.*, § 22).

Quotiens servi electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit (D. 33, 5, *de opt. v. elect. leg.*, L. 2, pr.).

II. Du legs de rente; § 741.

D. 33, 1, *de annuis legatis et fideicommissis.*

1° Le legs de rente (*annuum legatum*) est celui qui a pour objet des prestations périodiques de choses fongibles. Il est soumis

(10) D. 33, 6, *de tritico vino v. oleo leg.*, L. 3, pr.

(11) D. 33, 5, *de opt. v. elect. leg.*, L. 2, pr.

(12) Cf. ci-dessus T. 1, § 83, I, 2° initio.

(13) D. 33, 5, *de optione vel electione legata.* — (14) Cf. ci-dessus T. II, § 324, 3° i. f.

(15) Les héritiers avaient ici le choix, parce que le legs avait été fait *per damnationem.* — (16) Des salaisons.

à la théorie ordinaire du legs de pareilles choses (1), mais il contient une pluralité de legs (2), autant de legs qu'il y a de prestations périodiques à faire. Le premier de ces legs est pur et simple (2); les autres sont à terme dans le cas d'une rente perpétuelle; mais, s'il s'agit d'une rente viagère ou limitée à un temps déterminé, ils sont conditionnels, ils sont subordonnés à la survie du légataire au commencement de chaque terme (3).

2° Parmi les legs de rente il faut mentionner le legs du revenu d'une chose et le legs d'aliments. — Le legs du revenu d'une chose a pour objet une rente en argent fixée au montant du revenu annuel de la chose; il ne confère aucun droit réel sur celle-ci (4). — Dans le legs d'aliments, la rente consiste aussi en une somme d'argent (5), à moins que le testateur n'ait ordonné de fournir les aliments en nature; la rente est destinée à subvenir aux besoins du légataire. Les aliments comprennent l'ensemble des choses nécessaires à la vie matérielle, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement (6). Pour fixer le montant de la rente alimentaire, il faut prendre en considération, avant tout, ce que le testateur avait l'habitude de donner de son vivant au légataire ou a laissé à d'autres personnes se trouvant dans la même situation, ensuite la fortune du testateur, son affection pour le légataire, la condition de ce dernier, le nombre et l'âge des membres de sa famille (7). Le légataire d'aliments ne peut transiger sur son legs sans un décret du magistrat (8); autrement le legs aurait pu manquer le but que s'était proposé le testateur; le légataire aurait pu dissiper le capital reçu en remplacement de la rente alimentaire. En principe le legs d'aliments est présumé viager (9). Si des aliments ont été légués à quelqu'un jusqu'à sa puberté, on entend par là la pleine puberté, à savoir l'âge de 18 ans pour les hommes et celui de 14 ans pour

(1) Cf. § 740. — (2) D. *h. t.*, L. 4 initio.

(3) L. 4 i. f., cit. Voyez encore D. 36, 2, *quando dies leg. v. fideic. ced.*, L. 12, pr., § 1 et 3. — (4) D. 33, 2, *de usu et usu fructu et reditu*, L. 38.

(5) Cf. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 39, § 2, et D. 34, 1, *de alim. v. cib. leg.*, L. 10, § 2, L. 22, pr. — (6) D. *eod.*, L. 6 initio, cf. L. 6 i. f. et L. 7.

(7) D. *eod.*, L. 22, pr., L. 10, § 2. — (8) D. 2, 15, *de transact.*, L. 8, pr. et § 2.

(9) D. 34, 1, *de alim. v. cib. leg.*, L. 14, pr.

les femmes; c'est une interprétation large de la volonté dernière(10).

Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait et primi anni purum, sequentium condicionale : videri enim hanc inesse condicionem ' si vivat ' et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire (D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 4).

Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest (D. 34, 1, *de alim. vel cib. leg.*, L. 6).

Cum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adjecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris ejusdem ordinis reliquerit : si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate ejus, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit (D. *eod.*, L. 22, pr.).

III. Du legs alternatif; § 742.

Le legs alternatif est celui qui porte sur plusieurs choses dont une seule doit être payée. Comme dans le legs d'un genre proprement dit(1), le choix appartient en principe au légataire(2), du moins sous Justinien(3), et il est indivisible(4); mais il va de soi que le choix peut avoir pour objet une chose quelconque comprise dans l'alternative.

IV. Des prélegs; 743.

VON DER PFORDTEN, *De praelegatis*, Erlangen, 1832.
VON BUCHHOLTZ, *Die Lehre von den Praelegaten*, Iéna, 1850.

Le prélegs ou legs par préciput (*legatum per praeceptionem, praelegatio*) est le legs fait à un héritier. De même que tout autre legs(1), le prélegs incombe, sauf disposition contraire, à

(10) L. 14 cit., § 1.
§ 742—(1) Cf. ci-dessus § 740, 2°. — (2) D. 31, *de leg.* 2°, L. 23.
(3) Ancien droit : D. 31, *de leg.* 2°, L. 15, L. 19 i. f. — (4) L. 15 cit.
§ 743—(1) Cf. ci-dessus T. II, § 701, II, et 734, I, 4°.

tous les héritiers en proportion de leurs parts héréditaires; il devrait donc incomber aussi au prélégataire en raison de sa part dans la succession. Mais pour cette part le prélegs est nul, car on ne peut être à la fois légataire et grevé (2). Voici des applications :

1° Primus et Secundus sont héritiers chacun pour moitié; le testateur a légué à Secundus 10000 as par préciput. Du chef de ce legs, Secundus recueillera seulement les 5000 as à payer par Primus; pour les 5000 qu'il doit se payer à lui-même, le prélegs restera sans effet (3).

2° Primus et Secundus sont héritiers chacun pour moitié; le testateur a légué 10000 as à Secundus et à Tertius. Les 5000 as dus par Primus se partageront entre les deux légataires, mais les 5000 dus par Secundus ne profiteront qu'à Tertius; celui-ci obtiendra donc 7500 as, Secundus 2500 as (4).

3° Primus et Secundus sont héritiers, le premier pour 11/12, le second pour 1/12, et le testateur leur a légué 12000 as. Les 11000 as dus par Primus profiteront exclusivement à Secundus et les 1000 as dus par Secundus profiteront exclusivement à Primus. Ainsi les portions dans le legs seront en raison inverse des parts héréditaires et ce résultat est rationnel; le legs est nul pour une portion d'autant plus forte que la part héréditaire est plus considérable (5).

Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest (D. 30, *de leg.* 1°, L. 116, § 1).

Si Attio ita legatum fuerit : ‘ quisquis mihi heres erit, ‘ damnas ‘ esto Attio heredi decem dare ’, deducta sua parte Attius decem petet (D. *eod.*, L. 104, § 3).

Si duobus sit legata (6), quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit (D. *eod.*, L. 34, § 11).

(2) D. 30, *de leg.* 1°, L. 116, § 1 initio. — (3) D. *eod.*, L. 104, § 3.
(4) D. *eod.*, L. 34, § 11. — (5) L. 34 cit., § 12. — (6) Sous-entendez ‘ res ’.

Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam (D. *eod.*; L. 34, § 12).

V. Des legs relatifs à une obligation; § 744.

HAUBOLD, *De legato nominis*, Leipzig, 1793 (*Opuscula academica* I, p. 497-572, Leipzig, 1825).
MARTENS, *De legato debiti*, Halle, 1852.

Un legs peut se rapporter à une créance préexistante en trois sens différents. On peut faire un legs de la créance, un *legatum nominis**, en léguant la créance à un tiers(1). On peut encore léguer au débiteur la libération de sa dette, faire un *legatum liberationis** (2). Enfin on lègue parfois au créancier la chose due, *legatum debiti** (3). Ces legs relatifs à une créance préexistante sont bien distincts des legs qui créent une obligation pour le grevé; en droit nouveau tout legs, quel qu'en soit l'objet, produit une obligation (4).

I. *Du legatum nominis**. Ce legs n'est pas seulement valable si la créance léguée appartient au testateur; on peut aussi léguer la créance d'un tiers, comme on peut léguer une chose corporelle appartenant à autrui, surtout si le testateur connaissait cette circonstance(5). Mais le legs est nul, faute d'objet, lorsque la créance léguée n'existe point(6); il est nul même si le testateur a indiqué l'objet de la créance putative(7); malgré cette indication, il a voulu léguer une créance et non une chose corporelle; or le legs de créance manque d'objet(8). Le grevé ne doit pas davantage garantir l'efficacité de la créance et encore moins la solvabilité du débiteur(9); le testateur a seulement voulu léguer la créance telle

(1) I. *h. t.*, § 21, v^is Et ideo......... praestet. — (2) § 21 i. f., cit.
(3) I. *h. t.*, § 14 initio.
(4) Cf. ci-dessus T. II, § 718, I, 2°, et 734, I, 1°. — (5) Cf. ci-dessus T. II, § 724.
(6) D. 30, *de leg.* 1°, L. 75, § 1 initio.
(7) L. 75 cit., § 2, v^is Proinde et si.......... debitor debet. — (8) L. 75 cit., § 2 initio.
(9) L. 75, § 2 i. f., cit.

quelle. En ce qui concerne les effets du legs, il faut distinguer :

1° Si la créance léguée appartient au testateur ou au grevé, le légataire l'acquiert de plein droit et avec elle les actions qui en naissent; il peut, indépendamment d'un mandat *ad litem*, poursuivre le débiteur en nom propre par des actions utiles *quasi ex jure cesso*(10). C'est l'application des principes généraux sur la cession des créances(11).

2° Si la créance appartient à un tiers autre que le grevé, celui-ci doit en faire l'acquisition, afin de la céder au légataire ; subsidiairement il doit en payer la valeur.

II. *Du legatum liberationis**. On peut léguer à quelqu'un la libération d'une dette envers le testateur ou une autre personne(12). Mais le legs est nul si cette dette n'existe point, il est dépourvu d'objet; le légataire ne devant rien, il ne peut être question de le libérer(13). La règle doit être suivie alors même que le disposant a indiqué l'objet de la dette putative; le legs n'en conserve pas moins son caractère de legs de libération(13). Quant aux effets du legs, le légataire n'est jamais libéré de plein droit; il a seulement la faculté de se faire libérer par le grevé(14). Pour préciser le mode de libération, une distinction est nécessaire.

1° Lorsque le légataire est débiteur de la succession ou du grevé, celui-ci doit en général le libérer d'une manière absolue, par la voie de l'acceptilation(15). Mais la règle cesse si le légataire a des codébiteurs solidaires qui, après avoir payé la dette, ne disposent d'aucun recours contre lui; dans ce cas, le légataire doit se contenter d'une remise de la dette par simple convention, de manière à conserver au grevé son action contre les coobligés(16). L'acceptilation accordée à un pareil légataire dépouillerait le grevé de cette action, sans aucune utilité pour le légataire. Par conséquent, si la libération est léguée à un débiteur principal,

(10) C. *h. t.*, L. 18. — (11) Cf. ci-dessus T. II, § 348, 1°.
(12) D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 8, pr.
(13) D. 30, *de leg.* 1°, L. 75, § 2 initio. — (14) I. *h. t.*, § 13.
(15) D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 3, § 3 initio.
(16) L. 3, § 3, cit., v^is^ Sed et si cum alio........

il y aura lieu à acceptilation et celle-ci éteindra aussi la dette à l'égard du fidéjusseur. Mais, si le légataire de libération est un fidéjusseur, il devra seulement être libéré par une simple convention et le débiteur principal restera tenu (17). Pour obtenir sa libération, le légataire dispose de l'action personnelle qui naît d'un legs quelconque (18); il peut aussi repousser par une exception de dol le grevé qui lui réclame le payement de la dette (18).

2° Lorsque le légataire est débiteur d'un tiers autre que le grevé, celui-ci doit le libérer, soit en payant la dette, soit, si le créancier y consent, en s'obligeant envers lui à la place du légataire (19).

III. *Du legatum debiti*. 1° On peut léguer à quelqu'un ce qui lui est dû par le testateur ou par une autre personne, pourvu que le legs procure un avantage qui n'était pas attaché à la créance, par exemple celle-ci était conditionnelle ou à terme (20) ou bien simplement chirographaire, car en vertu du legs elle sera pourvue d'une hypothèque légale (21). A défaut de tout intérêt, le legs est nul (22).

2° Le *legatum debiti* a pour objet la chose due et non la dette; celle-ci étant une charge ne peut évidemment être léguée. En conséquence, lorsque rien n'est dû, le légataire n'a pas moins droit à la chose léguée, si elle est désignée dans le legs (23). A la vérité, elle a été léguée comme chose due et elle n'était pas due; mais cette désignation inexacte de la chose léguée n'empêche pas le legs d'être valable; *falsa demonstratio non nocet* (24). C'est une différence importante entre le *legatum debiti* et les deux legs précédents. Il va de soi que le legs est nul faute de toute détermination si, rien n'étant dû au légataire, la chose léguée n'a pas été désignée dans le testament (25).

---

(17) Cf. le même texte et ci-dessus T. II, § 510-511.
(18) D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 3, § 3 initio. — (19) Cf. D. *eod.*, L. 4 i. f.
(20) I. *h. t.*, § 14 initio.
(21) Voyez encore D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 13 i. f. cbn. avec l'initium.
(22) I. *h. t.*, § 14 initio. — (23) D. 30, *de leg.* 1°, L. 75, § 1, v^is nam et si.........
(24) Cf. ci-dessus T. II, § 722, 5° i. f.
(25) D. 30, *de leg.* 1°, L. 75, § 1, v^is nam et si......... nullum esse legatum.

Si mihi quod Titius debet fuerit legatum neque Titius debeat, sciendum est nullum esse legatum. Et quidem si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum (D. 30, *de leg.* 1°, L. 75, § 1). Et si Titio decem, quae mihi Seius debet, legavero, nullum erit legatum : esse enim debitor debet (L. 75 cit., § 2).

Si addiderit : ' decem quae mihi Titius debet(26) lego ', sine dubio nihil erit in legato : nam inter falsam demonstrationem et falsam condicionem sive causam(27) multum interest (L. 75, § 2, cit.).

Si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quodsi in diem vel sub condicione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem(28) (I. *h. t.*, § 14).

Si quidquid ego Titio debeo, cui nihil debeo(29), ei legavero quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum, cum, si decem quae Titio debeo legavero nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non peremit legatum, ut in legato dotis(30) Julianus respondit (D. 30, *de leg.* 1°, L. 75, § 1).

VI. Du legs universel.

I. 2, 23, *de fideicommissariis hereditatibus.*
D. 36, 1, et C. 6, 49, *ad senatus consultum Trebellianum.*

§ 745. *Historique.*

I. Les legs universels de l'ancien droit romain affectaient deux formes différentes, celle du legs proprement dit et celle du fidéicommis. Dans le premier cas, c'étaient toujours des legs de quotité, des legs consistant en une quote-part de la succession

(26) Sous-entendez *ei* ou *Titio*.
(27) Par legs ayant une fausse condition ou cause, le jurisconsulte entend ici un legs qui manque d'objet. — (28) Parce que la dette s'en trouve anticipée.
(29) Nous suivons ici la leçon proposée par MOMMSEN, *Digeste*, ad h. l.
(30) Il s'agit d'un legs de la dot fait par le mari au créancier de restitution.

(*partitio legata, legatum partitionis*) ; le gratifié s'appelait *legatarius partiarius*(1) ; ces legs ne comprenaient jamais l'hérédité entière. Dans le second cas, c'étaient des fidéicommis universels ayant pour objet une quote-part ou la totalité de la succession (*hereditas fideicommissaria*, *fideicommissum hereditatis*)(2).

1° Les legs de quotité ne produisaient en aucun cas une succession universelle et par conséquent l'héritier qui en était chargé, succédait seul aux créances et aux dettes héréditaires ; lui seul avait action contre les débiteurs et devait répondre à l'action des créanciers de la succession(3). Toutefois, le légataire partiaire devait profiter pour sa part des créances et supporter pour sa part la charge des dettes. C'est pourquoi il stipulait de l'héritier sa quotité dans le produit des créances (*stipulatio partis, scilicet nominum hereditariorum*) et l'héritier stipulait de lui une indemnité pour une quote-part des dettes (*stipulatio pro parte, i. e. heredem indemnem fore*) ; ces stipulations réciproques prirent le nom de *stipulationes partis et pro parte*(4).

2° Dans le principe, les fidéicommis universels étaient soumis à des règles analogues, sauf qu'ici les *stipulationes partis et pro parte* étaient insuffisantes, car le fidéicommis pouvait porter sur la succession entière. L'héritier qui en était chargé, le fiduciaire, vendait l'hérédité pour la forme au fidéicommissaire, soit en tout, soit en partie, selon l'objet du fidéicommis et, à l'occasion de cette vente fictive, l'on faisait les stipulations usuelles dans la vente sérieuse d'une hérédité, *stipulationes emptae et venditae hereditatis*(5). Le sénatus-consulte Trébellien, rendu sous Néron, abrogea complètement ce système ; il décida que le fidéicommis universel créerait toujours une succession universelle et qu'après la restitution de l'hérédité, des actions utiles appartiendraient au fidéicommissaire contre les débiteurs de la succession et que les créanciers héréditaires auraient des actions utiles contre

(1) Gaius, II, 254, v[is] Ille autem qui......... partitur hereditatem.

(2) Gaius, II, 259 ; D. *h. t.*, L. 54 (52), § 1 initio. — (3) Arg. Ulpien, XXV, 15 i. f.

(4) Ulpien, l. c., cbn. avec Gaius, II, 252 i. f.

(5) Gaius, II, 252 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 715 i. f.

lui[6]. Mais cette innovation radicale ne dura pas longtemps et dès le règne de Vespasien parut le sénatus-consulte Pégasien, qui établit une distinction des plus arbitraires : si le fidéicommis ne dépassait pas les trois quarts de la succession, il produisait encore une succession universelle[7]; mais, s'il dépassait les trois quarts, il n'en résultait plus qu'une succession à titre particulier[8]. Un fidéicommis très important avait moins d'effet qu'un fidéicommis minime ! Des stipulations réciproques devaient de nouveau intervenir entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, lorsque le fidéicommis excédait les trois quarts de la succession ; c'étaient les *stipulationes partis et pro parte* si le fiduciaire retenait la quarte Falcidie ou la portion que le testament lui permettait de garder, et les *stipulationes emptae et venditae hereditatis* s'il restituait la totalité de la succession[9].

II. Justinien statua que les fidéicommis universels créeraient toujours une succession universelle[10] et il faut étendre sa décision aux legs de quotité. En effet, l'empereur assimile les legs aux fidéicommis d'une manière absolue ; il ne fait pas d'exception pour les legs de quotité et les fidéicommis universels. Dès lors il y a lieu de soumettre ces deux dispositions à la même règle, c'est-à-dire à celle des fidéicommis universels, qui est la plus favorable au gratifié[11].

Placuit exploso[12] senatus consulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus consulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur,.. pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommis-

(6) Gaius, II, 253. — (7) Gaius, II, 255. — (8) Gaius, II, 256-257.

(9) Gaius, II, 257 i. f.

(10) I. *h. t.*, § 7, v[is] Sed quia......... et adversus eum competunt.

(11) Cf. I. 2, 20, *de leg.*, § 3 initio, et D. 30, *de leg.* 1°, L. 1. Voyez en ce sens Mayer, *Legaten und Fideicommissen*, § 12 i. f. et 13 initio, Vering, cité, p. 784-785, Tewes, cité, T. II, § 82, II, C, 4°, a, Vangerow, II, § 556, *Anm.*, Rivier, cité, § 83, 6°, Accarias, I, n° 392, p. 996, Ortolan, II, n° 905, et Windscheid, III, § 662 et note 1. Contra Maynz, III, § 431 i. f., et Namur, II, § 463.

(12) Ayant été abrogé.

sarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt (I. *h. t.*, § 7).

§ 746. *Législation de Justinien.*

La théorie commune des legs s'applique généralement au legs universel; il suffira de mentionner ici les règles suivantes, qui constituent des modifications ou des applications spéciales de cette théorie.

1° Le legs universel est indépendant de l'acquisition de l'hérédité par le grevé; il produit ses effets alors même que celui-ci n'arrive pas à la succession. S'il la répudie ou s'il s'abstient de l'accepter, il n'est pas moins obligé de restituer l'hérédité au légataire universel; il est réputé héritier dans l'intérêt de ce dernier, tout en restant de fait étranger à la succession (1). La règle remonte au sénatus-consulte Pégasien; celui-ci disposait que le fidéicommissaire universel pourrait contraindre le fiduciaire à accepter la succession (2). Mais cette contrainte est une impossibilité; il faut entendre le principe du sénatus-consulte Pégasien dans le sens qui vient d'être indiqué (3).

2° Le legs universel ne confère au légataire qu'un droit de créance contre le grevé; il ne lui procure pas directement la propriété des biens héréditaires; ceux-ci sont acquis au grevé (4), mais ils sont frappés entre ses mains d'une prohibition d'aliéner (5). Le légataire universel acquiert seulement l'hérédité par la restitution que le grevé est tenu de lui faire; cette restitution a lieu par la simple déclaration du grevé (6) ou par le jugement qui le condamne à restituer (7).

3° En vertu de la restitution de l'hérédité, le légataire universel

(1) I. *h. t.*, § 7, v^is Sed etiam id......... — (2) Gaius, II, 258.

(3) Maynz, III, § 445, p. 692. Cf. Rivier, cité, § 83, 1°, et Windscheid, III, § 664. — (4) Arg. D. *h. t.*, L. 65 (63), pr.

(5) C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3, § 2-3ᵃ (§ 2-3).

(6) D. *h. t.*, L. 38 (37), pr. — (7) C. *h. t.*, L. 7, § 1ᵃ et 1ᵉ (§ 1).

est assimilé à un héritier[8]; il acquiert tous les droits héréditaires[9] et supporte toutes les charges de la succession pour sa quote-part[10] et même pour la totalité si son legs comprend la succession entière[11]. Dans cette limite, il devient propriétaire des biens corporels du *de cujus*[12], créancier des débiteurs héréditaires[13], débiteur des créanciers de la succession[13] et des légataires[14]. Il peut poursuivre les débiteurs par des actions utiles, et les créanciers, comme les légataires, ont des actions utiles contre lui[15]. Il dispose aussi de l'*hereditatis petitio fideicommissaria*[16]; enfin le légataire universel et le grevé ont mutuellement l'un contre l'autre l'action *familiae erciscundae*[17].

4° Si l'héritier a été chargé de restituer la succession entière à l'exception de certains biens déterminés, quelle que soit la valeur de ceux-ci, le légataire universel qui a obtenu la restitution, est seul réputé héritier et le grevé est assimilé à un simple légataire particulier. En conséquence les dettes héréditaires[18] et les legs[19] incombent pour le tout au légataire universel.

Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem (D. *h. t.*, L. 65 (63), pr.).

Placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, ut rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset (D. *h. t.*, L. 1, § 2).

Ad eum, cui ex Trebelliano senatus consulto pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competenti portione spectare indubitati juris est (C. *h. t.*, L. 2).

(8) D. 38, 2, *de bon. libert.*, L. 4, § 3. — (9) D. *h. t.*, L. 65 (63), pr., L. 1, § 2.
(10) C. *h. t.*, L. 2. — (11) I. *h. t.*, § 7. — (12) D. *h. t.*, L. 65 (63), pr.
(13) D. *h. t.*, L. 1, § 2. — (14) C. *h. t.*, L. 2; D. *h. t.*, L. 1, § 20.
(15) I. *h. t.*, § 4 i. f. — (16) D. 5, 6, *de fideic. hered. petit.*, L. 1-2.
(17) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 24, § 1. — (18) I. *h. t.*, § 9.
(19) D. *h. t.*, L. 1, § 21; C. *h. t.*, L. 8. Voyez cependant D. *h. t.*, L. 1, § 17.

Si quis una aliqua re deducta sive praecepta, quae quartam continet, veluti fundo vel alia re rogatus sit restituere hereditatem,.. in solidum.. actiones transferuntur et res quae remanet apud heredem sine ullo onere hereditario apud eum manet quasi ex legato ei adquisita... Sed et si certa summa deducta praeceptave, quae quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est (I. *h. t.*, § 9).

VII. De la substitution fidéicommissaire; § 747.

LEWIS, *Das Recht des Familienfideicommisses*, Berlin, 1868.

La substitution fidéicommissaire, appelée encore legs successif, est la disposition par laquelle le testateur charge un héritier ou un légataire de conserver la libéralité qui lui est faite et de la rendre à une autre personne sous condition ou à terme (1). Tel est surtout le fidéicommis de famille, qui peut être fait en faveur de la famille du testateur (2) ou d'une famille étrangère (3). Il se transmet successivement aux parents du testateur ou du dernier fidéicommissaire, dans l'ordre où ils sont appelés à l'hérédité ab intestat (4), et subsidiairement au conjoint survivant de ces parents (4), à moins que le testateur ou le dernier fidéicommissaire n'ait désigné un autre membre de sa famille (5). Mais le fidéicommis doit s'éteindre après trois restitutions successives (6). Les biens qui font l'objet d'une substitution fidéicommissaire, sont inaliénables entre les mains du grevé (7).

(1) Cf. I. 2, 16, *de pupill. substit.*, § 9, et D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 59 (57), § 2. — (2) D. 31, *de leg.* 2°, L. 69, § 3 initio. — (3) D. *eod.*, L. 77, § 27 initio.

(4) C. 6, 38, *de V. S.*, L. 5, § 1-2 (L. 5).

(5) L. 5 cit., § 1 initio (L. 5); D. 31, *de leg.* 2°, L. 67, pr. initio, L. 69, § 3 initio.

(6) Nov. 159, c. 2.

(7) C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3, § 2-2a (§ 2-3). Voyez WINDSCHEID, III, § 625, 2° i. f., et 637.

TITRE III.

DES TESTAMENTS MILITAIRES.

I. 2, 11, *de militari testamento.* — D. 29, 1, et C. 6, 21, *de testamento militis.*

MÜHLENBRUCH, *Continuation de Glück*, T. 42, p. 19-288, Erlangen, 1841.

§ 748. *Des privilèges des testaments militaires.*

Au point de vue du testament, la volonté du soldat en campagne fait loi (1); le militaire est affranchi des règles positives du droit civil. Cette faveur s'explique, jusqu'à un certain point, par la situation spéciale du soldat en campagne (2). Ainsi :

1° Le testament militaire n'exige qu'une simple manifestation de volonté (3) et le disposant peut aussi le révoquer par la seule manifestation d'une volonté contraire (4). Lorsque le soldat fait successivement plusieurs testaments, le second est seulement infirmé si le disposant a eu l'intention de le révoquer (5).

2° Le testament militaire n'est pas soumis à la règle : *heredis institutio est fundamentum testamenti;* il vaut sans institution d'héritier (6).

3° Le soldat peut faire une institution sous condition ou à terme, suspensif ou résolutoire (7).

(1) C. *h. t.*, L. 1 i. f. — (2) Cf. I. *h. t.*, pr. initio.
(3) I. *h. t.*, pr. et § 1; C. *h. t.*, L. 15. — (4) D. *h. t.*, L. 34, § 2.
(5) D. *h. t.*, L. 19, pr. et § 1. Cf. ci-dessus T. II, § 669, 1°.
(6) Arg. D. *h. t.*, L. 17, § 2. — (7) D. *h. t.*, L. 15, § 4.

4° Le soldat n'est tenu d'instituer aucun de ses parents[8], ni de leur laisser une légitime[9].

5° On ne lui applique pas la règle : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest;* il peut se borner à faire des institutions d'héritier pour une partie de ses biens[10].

6° L'héritier du soldat ne peut retenir la quarte Falcidie[11].

Voluntas militis expeditione occupati pro jure servatur (C. *h. t.*, L. 1). Quoquo enim modo voluntas ejus suprema sive scripta inveniatur sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus (I. *h. t.*, pr.).

§ 749. *Des testaments qui jouissent de ces privilèges.*

Ces privilèges sont attachés au testament fait par le soldat en campagne[1], si celui-ci décède dans le cours de son service ou dans l'année après un congé honorable[2].

(8) I. 2, 13, *de exhered. liber.*, § 6. — (9) C. 3, 28, *de inoff. testam.*, L. 24.
(10) D. *h. t.*, L. 19, pr., v^is cum et ex parte......... decedere.
(11) C. *h. t.*, L. 12.
(1) I. *h. t.*, pr. — (2) C. *h. t.*, L. 5.

TITRE IV.

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

D. 39, 6, *de mortis causa donationibus et capionibus.*

C. 8, 56 (57), *de mortis causa donationibus.*

HASSE, *Rheinisches Museum*, T. II, p. 300-366, et T. III, p. 1-13 et 371-417, Bonn, 1828-1829.

GLASSON, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, T. 34, p. 312-327, 422-432, 498-508, 552-564, T. 35, p. 53-72, 167-182, 258-276, 418-478, et T. 36, p. 52-73, 249-266 et 467-480, Paris, 1869-1870.

COHEN (A.), *Die Lehre des römischen Rechts von der Schenkung von Todeswegen*, Munich, 1875.

§ 750. *Notions générales.*

1° La donation à cause de mort (*mortis causa donatio*) est la donation dont les effets sont subordonnés au décès du donateur(1). Ce qui la distingue de la donation entre vifs, c'est l'intention du donateur de faire dépendre de son décès le sort de la libéralité (2). Le plus souvent la donation à cause de mort intervient à l'occasion d'un danger imminent auquel est exposée la vie du donateur(3), mais un pareil danger n'est pas essentiel (4).

2° Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur le point de savoir dans quelles limites il fallait appliquer à la donation à cause de mort les règles de la donation entre vifs ou celles des legs(5). Justinien se prononça en principe pour la

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 32. — (2) I. 2, 7, *de donat.*, § 1 initio. — (3) PAUL, II, 23, § 1.
(4) D. *h. t.*, L. 35, § 4 initio.
(5) I. 2, 7, *de donat.*, § 1, v[is] Nam cum......... retrahebant.

théorie des legs (6). Mais cette assimilation n'est pas absolue : au point de vue des conditions de la donation à cause du mort, c'est plutôt l'analogie de la donation entre vifs qui est décisive et, même quant aux effets, des différences notables séparent la donation à cause de mort des legs.

Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem..: a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio (7) (I. 2, 7, *de donat.*, § 1).

§ 751. *Conditions des donations à cause de mort.*

En général la donation à cause de mort exige les mêmes conditions que la donation entre vifs (1) et surtout elle est seulement parfaite lorsque le donataire a accepté l'offre du donateur; la simple offre de donner est une pollicitation non obligatoire (2). C'est une différence capitale entre la donation à cause de mort et le legs, qui est un acte unilatéral. L'analogie avec le legs apparaît sous les rapports suivants :

1° Les incapacités de faire et de recevoir des legs sont applicables à la donation à cause de mort (3), mais seulement en tant qu'elles ont un caractère pénal (4), et elles sont seulement prises en considération à l'époque du décès du donateur (5); au moment de la donation il suffit de la capacité de donner et de recevoir entre vifs (6).

2° Si la donation à cause de mort dépasse 500 solides (environ 7500 fr.), la formalité de l'insinuation, prescrite pour les donations

§ 750—(6) § 1 cit., v^is Hae mortis causa donationes......... constitutio.

(7) Et qu'elle suivrait les formes tracées par notre constitution.

§ 751—(1) D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, § 1-2 initio; D. *h. t.*, L. 22.

(2) D. *h. t.*, L. 38 initio. — (3) D. *h. t.*, L. 9.

(4) D. *h. t.*, L. 7. Cf. D. *h. t.*, L. 25, § 1, et D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, § 1. Voyez Windscheid, III, § 676, 1°, et note 1. — (5) D. *h. t.*, L. 22.

(6) Arg. D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1, § 1-2.

entre vifs, peut être remplacée par la forme codicillaire, applicable aux legs; les parties ont le choix entre les deux solennités [7].

Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia : nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat (D. *h. t.*, L. 38).

Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt (D. *h. t.*, L. 9). In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit (D. *h. t.*, L. 22).

§ 752. *Effets des donations à cause de mort.*

En ce qui concerne ses effets, la donation à cause de mort est presque complètement assimilée aux legs.

1° Tant que le donateur est en vie, elle ne produit aucun effet; le donateur ne jouit encore d'aucun droit, ou du moins il n'a pas d'autres droits que ceux que le donateur lui concède spontanément [1]. Du vivant du donateur, la libéralité peut être infirmée pour trois causes différentes. D'abord elle est révocable par la seule volonté du donateur [2]. Ensuite elle est caduque si le donataire décède avant le donateur; mais elle devient définitive si le donateur décède le premier [3] ou si les deux parties meurent en même temps [4]. En troisième lieu, lorsque la libéralité est faite à l'occasion d'un péril imminent pour la vie du donateur, elle est caduque si celui-ci échappe au péril [5], alors même que, après avoir été sauvé, il décéderait avant le donataire. Dans le cas d'une pareille donation à cause de mort, le donateur se préfère personnellement au donataire, mais à ses propres héritiers il préfère le donataire [6].

(7) C. *h. t.*, L. 4. Voyez en ce sens WINDSCHEID, III, § 676, 2°, et note 3. Cf. VANGEROW, II, § 563, *Anm.*, MAYNZ, III, § 450, p. 706, et RIVIER, cité, § 80, 2° i. f.

(1) D. *h. t.*, L. 2, v[is] Aliam esse speciem........, L. 29, v[is] Si vero sic........ ei cui donatum est. — (2) I. 2, 7, *de donat.*, § 1 initio. — (3) Arg. § 1 initio, cit.

(4) D. *h. t.*, L. 26 initio. — (5) I. 2, 7, *de donat.*, § 1 initio.

(6) D. *h. t.*, L. 35, § 2 i. f.

2° Si la donation à cause de mort n'a été infirmée pour aucun de ces motifs, elle devient définitive par le décès du donateur. Au moment même de ce décès elle produit ses effets, et le donataire acquiert de plein droit la chose donnée; s'il s'agit de choses corporelles, il en obtient la propriété[7]. A la différence du legs, la donation à cause de mort constitue une succession directe vis-à-vis du *de cujus;* entre le donateur et le donataire il n'y a pas de grevé; c'est pourquoi la libéralité produit ses effets avant l'acquisition de l'hérédité et continue de les produire malgré la répudiation de l'héritier.

3° Le donataire à cause de mort peut être chargé de legs[8].

4° Si la même chose a été donnée à cause de mort à plusieurs, il peut y avoir accroissement[9].

5° L'héritier a aussi droit à la quarte Falcidie vis-à-vis des donataires à cause de mort[10].

6° Comme la donation entre vifs, la donation à cause de mort peut comprendre tous les biens présents, mais non les biens futurs; dès lors elle ne forme jamais une succession universelle[11]. Par là aussi elle se sépare des legs.

Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit : sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is cui donatum sit (I. 2, 7, *de donat.*, § 1). Is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult : et hoc est, quare vulgo dicatur : ' se potius habere vult, quam eum cui ' donat, illum deinde potius quam heredem suum ' (D. *h. t.*, L. 35, § 2).

Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest (D. 31, *de leg.* 2°, L. 77, § 1).

(7) D. *h. t.*, L. 2 i. f. — (8) D. 31, *de leg.* 2°, L. 77, § 1 initio.
(9) C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un., § 14 (14 initio).
(10) C. 6, 50, *ad leg. Falc.*, L. 5. — (11) Cf. ci-dessus T. II, § 411.

TITRE V.

DES LIBÉRALITÉS INDIRECTES A CAUSE DE MORT; § 753.

39, 6. *de mortis causa donationibus et capionibus.*

1° Nous appelons libéralités à cause de mort celles qui ne produisent pas une action en justice (1). Par exemple j'institue Primus mon héritier ' s'il donne 1000 as à Secundus '; dans l'espèce je ne gratifie pas directement Secundus, je n'entends pas lui conférer une action contre Primus. Mais néanmoins je veux que si ce dernier désire arriver à mon hérédité, il paye 1000 as à Secundus; il se peut qu'effectivement il les lui paye; Secundus fera alors une *mortis causa capio* dans le sens restreint de ces termes et l'acquisition se fondera sur une libéralité indirecte à cause de mort (2). A part l'absence d'une action, les règles des legs sont applicables à ces libéralités; les personnes ainsi gratifiées doivent être capables de recevoir des legs (3), on peut leur imposer des legs (4) et l'héritier a droit vis-à-vis d'elles à la quarte Falcidie (5).

2° Mais il ne faut pas considérer comme *mortis causa capiones* les acquisitions faites à l'occasion du décès d'une personne, indépendamment de toute libéralité à cause de mort. Tel est le cas où un héritier présomptif ab intestat donne de l'argent à l'institué

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 38.

(2) D. *h. t.*, L. 38 cbn. avec L. 31, pr. Voyez encore D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 1, § 8 i. f., et ci-dessus T. II, § 643. — (3) D. *h. t.*, L. 9, L. 36.

(4) D. 30, *de leg.* 1°, L. 96, § 4. — (5) C. 6, 50, *ad leg. Falc.*, L. 18.

pour que celui-ci répudie la succession (6). Ces acquisitions constituent des acquisitions entre vifs ; elles n'ont pas leur cause dans une disposition de dernière volonté ni dans le décès d'une personne, mais dans un acte juridique entre vifs intervenu à l'occasion de ce décès (7). Aussi ne sont-elles pas soumises à la théorie des legs et surtout l'acquéreur ne doit pas être capable de recevoir des legs (8).

Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur (D. *h. t.*, L. 31, pr.).

(6) D. *h. t.*, L. 31, § 2, v^is Eodem numero........ vel non adeat, voyez encore v^is quique in hoc......... vocantur.

(7) Le D. *h. t.*, L. 21, L. 31, § 2, v^is Eodem numero......... vocantur, les nomme *mortis causa capiones* dans un sens purement matériel.

(8) Cf. Windscheid, III, § 677 et note 11.

FIN DU TOME SECOND.

ADDITIONS ET CORRECTIONS.

T. I, p. 4, ligne 22, *au lieu de :* Damusius, *lisez :* Dasumius.
» p. 14, note 7, *après :* II, 17, *ajoutez :* § 13 (éd. EYSSENHARDT).
» p. 22, ligne 19, *au lieu de :* 49, *lisez :* 49 (47).
» p. 30, ligne 6, *au lieu de :* 2 vol., 1889-1890, *lisez :* T. 1-3 et 4, 1re partie, 1889-1892.
» p. 31, ligne 12, *au lieu de :* 1890, 7me, *lisez :* 1893, 8me.
» p. 38, note 6, *lisez :* Cf. T. II, § 695, II, et 730, II.
» p. 38, note 7, *lisez :* Cf. T. II, § 680, 3°.
» p. 38, note 8, *lisez :* Cf. T. II, § 649, II.
» p. 38, note 9, *lisez :* Cf. T. II, § 647, II, 3° i. f., 695, III, et 730, III.
» p. 38, note 10, *au lieu de :* 4°, *lisez :* 3°.
» p. 48, note 22, *supprimez :* Cf. ci-après T. II, § 389 i. f.
» p. 50, note 13, *lisez :* L. 2 cit., § 48-50 (47).
» p. 50, note 14, *lisez :* L. 2 cit., § 51-52 (47).
» p. 50, note 15, *lisez :* L. 2 cit., § 53 (47).
» p. 51, note 18, *au lieu de :* § 718, I, 1°, et § 721, 3°, *lisez :* § 718, I i. f., et 721, 2°.
» p. 58, note 13, *lisez :* Arg. D. *h. t.*, L. 2, § 42-50 (42-47).
» p. 58, note 15, *lisez :* Arg. D. *h. t.*, L. 2, § 47-50 (47).
» p. 85, ligne 3, *au lieu de :* une, *lisez :* un.
» p. 89, ligne 19, *lisez :* resuscitatur.
» p. 90, ligne 14, supprimez le mot : déterminées.
» p. 100, ligne 15, *au lieu de : Vocaniana, lisez : Voconiana.*
» p. 100, note 9, *au lieu de :* § 22, *lisez :* § 20 (22).
» p. 106, note 29, *au lieu de :* § 570, 2°, *lisez :* § 570.
» p. 107, ligne 3, *au lieu de :* et ils naissent, *lisez :*. Tout enfant illégitime naît.

T. I, p. 107, note 31, *au lieu de :* § 571 et 572, 2°, *lisez :* § 572, 1°, et 680, 2°.
» p. 111, ligne 4, *après le mot :* autres, *ajoutez le mot :* effets.
» p. 117, ligne 8, *au lieu de :* protestative, *lisez :* potestative.
» p. 193, ligne 13, *au lieu de :* extinctive, *lisez :* acquisitive.
» p. 204, ligne 16, *au lieu de : condictions*, *lisez : condictiones.*
» p. 255, ligne 26, *au lieu de :* 9 (10), *lisez :* 10 (9).
» p. 258, note 15, *ajoutez :* (7 i. f., 8 et 9 initio).
» p. 258, note 16, *ajoutez :* (8).
» p. 258, note 17, *au lieu de :* 10, *lisez :* 10 (9).
» p. 258, note 18, *au lieu de :* 9, *lisez :* 9 (8).
» p. 258, note 19, *au lieu de :* 10, *lisez :* 10 (9).
» p. 259, ligne 21, *ajoutez :* (8 et 9).
» p. 300, ligne 28, *au lieu de :* sauvage, *lisez :* sauvages.
» p. 319, ligne 9, *au lieu de :* contractaveris, *lisez :* contrectaveris.
» p. 319, ligne 14, *au lieu de :* 1, *lisez :* 3.
» p. 328, note 6, *au lieu de :* § 698, 2° i. f., *lisez :* § 698, p. 519.
» p. 358, note 3 du § 191, 1er et 2e ligne, *au lieu de :* § 1, *lisez :* § 2.
» p. 366, ligne 15, *lisez :* accidentellement.
» p. 421, ligne 19, *au lieu de : domina*, *lisez : dominia.*
» p. 426, lignes 14-15, *lisez :* réparations.
» p. 433, ligne 26, *au lieu de : fructus*, *lisez :* le *fructus.*
» p. 435, ligne 4, *au lieu de :* usu, *lisez :* usus.
» p. 470, ligne 24, supprimez le mot : autres.
T. II, p. 1, ligne 9, *au lieu de :* MOMSSEN, *lisez :* MOMMSEN.
» p. 43, ligne 24, *lisez :* arbiter.
» p. 67, ligne 26, *après :* spéciale, *ajoutez :* de la loi.
» p. 74, note 6, *après :* II, 3, *ajoutez :* et 734, I, 1° initio.
» p. 77, ligne 9, *au lieu de :* Primus, *lisez :* Secundus.
» p. 78, ligne 25, *lisez :* incompatibilités.
» p. 111, ligne 8, *lisez :* Pomponius.
» p. 131, ligne 27, *au lieu de :* et que, *lisez :*. En tout cas.
» p. 148, ligne 1, *au lieu de :* scilicit, *lisez :* scilicet.
» p. 154, ligne 32, *au lieu de :* a fait, *lisez :* s'abstient de.
» p. 167, ligne 8, *lisez :* Sancimus.
» p. 191, ligne 16, supprimez le mot : que.
» p. 191, ligne 23, *après :* condition, *ajoutez :* résolutoire.
» p. 191, ligne 28, *après :* condition, *ajoutez :* résolutoire.

T. II, p. 201, ligne 11, *au lieu de :* pr., *lisez :* § 2.
» p. 210, ligne 19, *au lieu de :* un, *lisez :* une.
» p. 211, ligne 10, supprimez le mot : porro.
» p. 214, ligne 1, *lisez :* omnia.
» p. 221, ligne 25, *au lieu de :* alias, *lisez :* alios.
» p. 228, ligne 6, *au lieu de :* renuntiavi, *lisez :* renuntiasti.
» p. 234, ligne 20, *au lieu de :* 17, *lisez :* 47.
» p. 254, ligne 15, *au lieu de :* accompagnée, *lisez :* accompagné.
» p. 266, lignes 21-22, *au lieu de :* n'impliquant qu'une disposition partielle du patrimoine, ne constitue point, *lisez :* n'a pas non plus été érigée par la loi en.
» p. 320, ligne 19, *au lieu de :* telles, *lisez :* tels.
» p. 340, ligne 13, *lisez :* dumtaxat.
» p. 342, ligne 22, *au lieu de :* utram, *lisez :* utrum.
» p. 358, ligne 20, *au lieu de :* un, *lisez :* une.
» p. 364, ligne 19, *au lieu de :* ou, *lisez :* et.
» p. 392, ligne 23, *lisez :* succession.
» p. 436, ligne 15, *lisez :* administration.
» p. 491, ligne 18, *lisez :* germains.
» p. 492, ligne 10, *au lieu de :* père, *lisez :* frère.
» p. 512, ligne 19, *au lieu de :* est naturellement appelé, *lisez :* a un droit personnel.
» p. 513, ligne 2, *au lieu de :* naturel, *lisez :* personnel.
» p. 513, ligne 5, *au lieu de :* cette vocation naturelle, *lisez :* ce droit personnel.
» p. 518, ligne 24, *au lieu de :* des, *lisez :* les.
» p. 538, note 13, *au lieu de :* C, *lisez :* D.
» p. 547, ligne 7, *au lieu de :* s'ils, *lisez :* s'il.
» p. 556, note 2, *au lieu de :* inito, *lisez :* initio.
» p. 580, ligne 4, *lisez :* disposition.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SECOND.

LIVRE TROISIÈME. — DES OBLIGATIONS.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

POUR LES DEUX TOMES.

Le chiffre romain désigne le tome, le chiffre arabe la page.

